Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Karl Schleifer,
Referendar.

Breslau 1908.
Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herb. Meyer.

Korreferent: Professor Dr. Dahn.

Meiner lieben Mutter.

Literatur-Verzeichnis.

	Angeführt:
Albrecht, Die Gewere. Königsberg 1828.	Albrecht.
Andrée, Die rechtliche Natur der Testaments-Vollstreckung. In.-Diss. Freiburg 1900.	Andrée.
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bd. 1. 1885.	Beseler, Pr.R.
Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen I. 1835, II. 1837/40. Göttingen.	Beseler, Erbv.
Beseler, Von den Testaments-Vollziehern, in Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. 9. Band. Tübingen 1845.	Beseler, Ztschr.
Beyerle, Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz. Erster Band, erster Teil: Das Salmannenrecht. Heidelberg 1900.	Beyerle.
Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 3. Bd. 1864.	Bluntschli.
Brettner, Der Testaments-Vollstrecker nach neuem deutschen Recht, im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 17.	Brettner.
Brunner, Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Wertpapiere in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 22.	Brunner, Ztschr.
Brunner, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts. Stuttgart 1894.	Brunner, Forschungen.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte.	Brunner, R.G.
Brunner, Der Totenteil im germanischen Recht, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germ. Abteilung. Bd. 19.	Brunner, Totenteil.
Brunner, Das rechtliche Fortleben des Toten bei den Germanen, in der deutschen Monatsschrift für das gesamte Leben der Gegenwart. 6. Jahrg. 1907. Heft 7.	Brunner, Fortleben.
Christiani, Die Treuhand der fränkischen Zeit. In.-Diss. Breslau 1904.	Christiani.
Codex, Laureshamensis diplomaticus. 1768. Teil I.	Cod. Laur.

	Angeführt:
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1902. 2 Bd.	Neumann.
Patzelt, Die rechtliche Natur und Stellung des Testaments-Vollstreckers nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In.-Diss. Greifswald 1904.	Patzelt.
Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Recht. Bd. III. Lübeck 1841.	Pauli.
Petersen, Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 18.	Petersen.
Pollock and Maitland, The history of english law. Cambridge 1895. Teil II.	Pollock and Maitland.
Quellen und Erörterungen zur bayrischen und deutschen Geschichte. Herausgegeben auf Befehl und Kosten Sr. Majestät des Königs Maximilian II. 1. Bd. München 1856.	Bayr. Quel.
1. Schenkungsbuch des Klosters St. Emmeramm zu Regensburg.	1.
2. Schenkungsbuch des Stiftes Obermünster.	2.
Randa, Der Erwerb der Erbschaft. Wien 1867.	Randa.
Rosenthal, Die rechtliche Natur der Testaments-Exekution und in Sonderheit der Besitz des Testaments-Exekutors an den Nachlaßgegenständen. In.-Diss. Breslau 1883.	Rosenthal.
Roßhirt, Über Testaments-Exekutoren, in Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht. Bd. 1. Heidelberg 1831.	Roßhirt.
Rozière, E. de, Recueil géneral des formules. Bd. 3. Paris 1859.	Rozière.
Schannat, Vindemiae litterariae I. 1723. Fulda.	Schannat, Vind. litt.
Schannat, Corpus traditionum Fuldensium. Leipzig 1724.	Schannat, Trad. Fuld.
Schmid, Die Stellung des Testaments-Vollstreckers und ihre Durchführung im Normalfalle der Testaments-Vollstreckung. In.-Diss. Tübingen 1905.	Schmid.
Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testaments-Vollstreckung. Breslau 1895.	Schultze, Treuhand.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in Iherings Jahrbüchern. Bd. 43.	Schultze, B.G.B.
Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testaments-Vollstreckung. In.-Diss. Rostock 1899.	Seckt.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.	Seuffert, Archiv.

	Angeführt:
Siegert, Rechtliche Natur und Stellung des Testaments-Vollstreckers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In.-Diss. Leipzig 1903.	Siegert.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 3. 1869.	Sintenis.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. 1902. München.	Staudinger.
Stobbe, Über die Salmannen, in Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 7. Bd. Weimar.	Stobbe, Ztschr.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1885. Bd. 5.	Stobbe, Pr.R.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Berlin 1901.	Strohal.
Sturm, Die Lehre von den Testaments-Vollstreckern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1898.	Sturm.
Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages. Bd. I 1890, Bd. III 1892.	Verhandlungen.
Wartmann, Urkundenbuch der Abtei St. Gallen. Zürich 1863. Teil 1.	Wartmann.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. Leipzig 1900.	Weißler.
Welti, Die Testaments-Vollstreckung auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches und des schweizerischen kantonalen Privatrechts. In.-Diss. Zürich 1906.	Welti.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bd. 1901.	Windscheid.
Wolff, Die Befugnis des Testaments-Vollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments. In.-Diss. Göttingen 1902.	Wolff.
Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins.	—

vielfachen Angriffe hin, die besonders auf dem 21. deutschen Juristentage gegen die Regelung der T.Vg.[2]) erhoben wurden, hat es, wie bereits erwähnt, der Gesetzgeber vermieden, die Rechtsstellung des T.Vs. zu charakterisieren. Einer der Hauptangriffe gegen die Regelung der T.Vg. im Entwurf war der, daß dieses Institut dort auf das gemeine und nicht, wie es richtig sei, auf das deutsche Recht zurückgehe.[3])

Es soll nun unsere Aufgabe sein, festzustellen, ob die Regelung der Rechtsstellung des T.Vs. im B.G.B. auf deutschrechtlichen oder auf gemeinrechtlichen Grundlagen beruht. Zu diesem Zwecke werden wir uns zunächst mit der letztwilligen Treuhand des älteren deutschen Rechts beschäftigen, dann auf die gemeinrechtlichen Theorien über die T.Vg. eingehen und schließlich die Rechtsstellung des T.Vs. im B.G.B. betrachten.

I.

§ 2.

a.

Die Rechtsstellung des letztwilligen Treuhänders im älteren deutschen Recht läßt sich nur dann feststellen und ist nur dann zu verstehen, wenn man auf die geschichtliche Entwicklung eingeht. Das Institut des letztwilligen Treuhänders ist rein germanischer Herkunft.[1]) Seinen Ursprung nimmt es teils von den Salmannen des ältesten deutschen Rechts, teils von den sogenannten Seelgeräten, teils von der Vogtei und Vormundschaft her.

In den ältesten Zeiten kannten die Deutschen keine Testamente. „Heredes successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum.“[2]) Das germanische Erbrecht ist also in dieser

[2]) Es sei uns gestattet, folgende Kürzungen zu gebrauchen:
T.V. = Testaments-Vollstrecker,
T.Vg. = Testaments-Vollstreckung.

[3]) Verhandlungen III. S. 227 ff.

[1]) Heusler, II. S. 652. Beseler, Erbv. I. S. 242/87. Beyerle, S. 15 ff., S. 35 ff.

[2]) Tacitus, Germania c. 20.

Zeit ein Recht der Blutsverwandten; die Erben sind geborene, nicht gekorene Erben.[3]) Starb jemand ohne Hinterlassung von erbberechtigten Verwandten, so fiel sein Vermögen an das Volk, später mit dem Erstarken der Macht des Königs an diesen.[4]) Um dieses zu vermeiden, gab es ein Mittel, sich künstlich Erben zu schaffen, und das war die Affatomie, wie wir sie in der lex Salica tit. 46 de adfathimire finden. Dieses Wort bedeutet ursprünglich flechten, winden.[5]) Wenn also jemand adfathimirt wurde, so wurde er umwunden, d. h. der Aufnehmende schloß ihn in seine Arme und nahm ihn so an Sohnesstatt auf;[6]) gleichzeitig übertrug er ihm durch „festucam in laisum iactare" sein ganzes Vermögen (tota fortuna). Freilich müssen wir zugeben, daß die Affatomie der lex Salica ihres familienrechtlichen Charakters schon völlig entkleidet ist. Das ergibt sich schon daraus, daß eine Adoption nicht — wie es in der lex Salica geschieht — durch Vermittlung eines Dritten geschehen kann, ohne daß der Aufnehmende und der Aufzunehmende überhaupt miteinander in Berührung kommen. Diese Annahme bestätigt uns auch die lex Ribuaria tit. 48:

> Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia regis sive vir mulieri vel mulier viro seu cuicumque libet de proximis vel straniis adoptare in hereditatem vel adfatimi per scripturam seriem seu per tradicionem et testibus adhibetis secundum legem Ribuariam licentiam habeant.

Wir finden also hier adoptare in hereditatem vel adfatimi. Daraus ersehen wir, daß die familienrechtliche Seite der Affatomie hinter der erb- bezw. sachenrechtlichen Seite völlig zurückgetreten ist.

Der Hergang der lex Salica tit. 46 ist nun folgender: Der Erblasser überträgt im gebotenen Thing durch Zuwerfen einer festuca sein Gut einem Dritten. Dieser begibt sich darauf-

---

[3]) Brunner, R.G. I. S. 106.

[4]) Heusler, II. S. 591, 622. Gierke, Erbrecht S. 463.

[5]) Grimm, Vorrede S. 7, Altertümer I. S. 251.

[6]) Brunner, R.G. I. S. 103.

hin auf das Gut, hält sich dort drei Tage auf und tritt als unumschränkter Herr auf. Der dritte Akt spielt sich erst später ab, nämlich innerhalb von zwölf Monaten nach dem Tode des Erblassers. Dann übergibt der Vermittler, wiederum „ante regem ant in mallo legitimo hoc est in mallobergo ante teoda ant thunginum“ das Gut demjenigen, den ihm der Erblasser benannt hatte.

In diesem Vorgange haben wir das erste Beispiel der Vergabung auf den Todesfall mit Hülfe eines Dritten. Die lex Salica enthält keine Bezeichnung für letzteren; wir haben aber den letztwilligen Treuhänder oder Salmann in seiner ursprünglichsten Form vor uns.

b.

Das zweite Institut, aus dem sich die letztwillige Treuhand entwickelt hat, ist das sogenannte Seelgerät.[7]) Um dieses Institut jedoch zu verstehen, müssen wir in die heidnische Germanenzeit zurückgehen. Die Germanen glaubten an ein Fortleben nach dem Tode.[8]) Dieses Leben in Walhalla stellten sie sich als eine Fortsetzung des irdischen Lebens vor. So wie sie hier Kriege führten und auf die Jagd zogen, so glaubten sie es auch im Jenseits zu tun. Deshalb kann es uns nicht wundern, daß man die Leichen reich ausstattete, daß man mit ihnen Waffen, Kleider, Pferde, ja Sklaven und Sklavinnen verbrannte.[9]) So berichtet uns Grimm[10]) folgende Verse einer alten livländischen Reimchronik

daz sie die tôten branten
und von hinnen santen
mit ir wâpen ungespart.
sie solden dort auch hervart
und rise riten.
des geloubtens bî den ziten.

---

[7]) Beyerle, S. 35 ff.

[8]) Grimm, Abhdg. S. 233. Brunner, Totenteil S. 261; Fortleben; R.G. I. S. 39, 109, 254, II. 411.

[9]) Brunner, R.G. I. S. 108, 364.

[10]) Grimm, Abhdg. S. 247.

der rede volgeten sie mite
wan ez was der liute site
ûf hôher ze haut sie trâten,
ir tôten, die sie hâten,
die brantens mit ir ziuge
(vürwar ich nicht enliuge)
spere, schilde, brunye, pfert,
helme, keyen unde swert
brante man durch ir willen
da mit solden sie stillen
den tiuvel in jener werlte dort,
so grôz tôrheit wart nie gehôrt.

Es versteht sich wohl von selbst, daß man dem Toten seine Lieblingswaffen, -Pferde usw. mitgab. Daß es aber auch hierfür eine gewisse Grenze gab, lehrt uns der Bericht eines Arabers vom Jahre 921 über die Russen bezw. die Nordgermanen,[11]) wonach beim Tode eines Reichen seine Habe in drei Teile geteilt wird. Ein Drittel ist für die Familie, für das zweite Drittel kaufen sich seine Genossen berauschende Getränke, für das letzte Drittel schneidet man für den Toten Kleider zu. Also unterlag nur ein Drittel des Nachlasses der Verfügung des Erblassers über den Tod hinaus.

Eine ähnliche Dreiteilung des Nachlasses finden wir im älteren englischen Recht.[12]) Hier haben wir wife's part, bairn's part und dead's part, und nur über letzteren Teil durfte der Erblasser frei verfügen.

Als das Christentum bei den Germanen seinen Einzug hielt, war die Kirche weit entfernt davon, alle heidnischen Gebräuche zu vernichten, sie suchte sie vielmehr nach Möglichkeit dem christlichen Kultus anzupassen. So hinderte sie auch nicht, daß der Tote seinen Totenteil weiter erhielt, und somit noch nach seinem Tode über sein Eigentum verfügen konnte,[13]) nur wurde sein Anteil ihm jetzt nicht mehr ins Grab gegeben oder mitverbrannt, sondern

---

[11]) Grimm, Abhdg. S. 253 ff. Brunner, Totenteil S. 115, 122.
[12]) Pollak und Maitland, I. S. 346.
[13]) Brunner, R.G. I. S. 108, 364 und Totenteil.

er wurde der Kirche übergeben.[14]) Dies geschah ursprünglich dadurch, daß die betreffenden Gegenstände selbst der Kirche übergeben wurden, z. B. „meliorem equum cum armatura secundum consuetudinem patriae".[15]) Allmählich trat dann eine Änderung ein, indem man der Kirche Geld, Land oder Sklaven schenkte.

Maßgebend für diese Schenkungen war auch in christlicher Zeit noch der Gedanke an das Jenseits:

> ze einem ewigen Selgerät, mit der Beschaidenhait, das meiner Sel gedacht sol werden und meiner Vordern Sel und geschriben sol werden in ir Puch.[16])

Pro anima, pro remedio animae werden die Schenkungen vollzogen, aus dem Totenteil wird ein Seelteil,[17]) ein Seelschatz, Seelding, Seelgerät.[18])

Was uns an diesen Vergabungen besonders interessiert, ist die Art, wie viele von ihnen vollzogen wurden: Sie wurden durch Vermittlung eines Dritten vorgenommen.[19]) So berichtet uns schon das cap. 6 des capitulare legibus additum Karls des Großen aus dem Jahre 803.[20])

> Si quis res suas pro anima sua ad casam dei tradere voluerit, domi traditionem faciat testibus legitimis. Et quae hactenus in hoste factae sunt traditiones, de quibus nulla est questio, permaneant. Si vero aliquis alii res suas tradiderit et in hoste profectus fuerit, et ille cui res traditae sunt, interim mortuus qui res tradiderit, cum reversus fuerit, adhibitis testibus coram quibus traditio facta est, res suas accipiat. Si autem et ipse mortuus fuerit, heredes illius legitimi res traditas recipiant.

---

14) Brunner, Totenteil S. 120.
15) Test. Ebor. bei Pollock und Maitland, S. 336.
16) Mon. Bo. IX. S. 203.
17) Brunner, Fortleben S. 12.
18) z. B. Mon. Bo. III. S. 354, X. S. 88, 272.
19) Beyerle, S. 46, 47.
20) bei Gengler, Rechtsaltertümer.

In dem vorliegenden Falle macht jemand der Kirche pro anima sua eine Schenkung und zwar unmittelbar. Für uns jedoch von Wichtigkeit ist der zweite Teil des cap. 6, wenn nämlich aliquis alii tradiderit. Hier übergibt also jemand sein Gut einem anderen, damit dieser im Falle seines, des Vergabenden Todes es der Kirche übergibt. Derartige Vergabungen waren, wie uns zahlreiche Formeln[21]) beweisen, sehr üblich, so üblich, daß wie uns für England berichtet wird, eine Zuwendung an die Kirche als Pflicht galt.[22])

Neben den Seelgeräten kommen auch Vergabungen auf den Todesfall mit Hülfe eines Vermittlers an lebende Personen, nicht nur an die tote Hand vor.[23]) Daß wir gegenüber der großen Anzahl von Formeln über Seelgeräte nur verhältnismäßig wenige über Vergabungen an physische Personen haben, liegt wohl nur daran, daß wir fast nur die Schenkungen an Kirchen und Klöster aufgezeichnet finden.

An die Stiftungen zum Seelenheil auf dem Totenbette schlossen sich oft noch weitere Gaben zugunsten von Freunden. Aber neben dieser Erweiterung der Seelgeräte finden wir viel häufiger letztwillige Verfügungen bei gesundem Leibe. Diese Anordnungen, die häufig Testamente genannt wurden, sind besonders aus der geistlichen Praxis hervorgegangen. Denn die Kirche hielt darauf, daß wenigstens das im Kirchenamte Erworbene wieder auf diese Weise an die Kirche kam. Nach und nach begannen auch die Laien auf die Weise, wie die Kleriker, Testamente zu errichten.[24]) Die deutschen Testamente waren aber von den römischen grundverschieden. Denn zum Begriff des römischen Testamentes gehört die Einsetzung eines Erben. Das deutsche Testament ist dagegen in jener Zeit nur „ein Aggregat einzelner völlig unabhängig nebeneinander stehender Gaben und Verordnungen, die oft auch an Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen der verschiedensten Art geknüpft waren“.[25]) Man

---

[21]) z. B. Dronke, 177, 274, 353, 345. Meichelbeck, I. 2 Nr. 378, 698.
[22]) Brunner, Totenteil S. 109.
[23]) Form. Marc. I. 13 (Rozière 216).
[24]) Heusler, II. S. 645 ff. Brunner, Totenteil.
[25]) Pauli, III. S. 306.

versteht unter Testament „jede Zuwendung auf den Todesfall, welche auf der bloßen Willenserklärung des Disponenten beruhte und von ihm widerrufen werden konnte".[26] Eine Erbeinsetzung ist also nicht erforderlich.

Es entstand nun die Frage: Wer führt diese letztwilligen Verfügungen aus. Daß der Erbe sie immer ausführen würde, dessen war man nicht immer sicher, da er ja durch die Zuwendungen an andere benachteiligt wurde. Es kam darauf an, einen möglichst sicheren Mann zu wählen, der die Bestimmungen des Testamentes ausführen sollte. Und da griff man auf den Treuhänder zurück, dessen man sich bei den Vergabungen auf den Todesfall bedient hatte und noch stets bediente. In ihm sah man die geeignete Person, den letzten Willen des Erblassers auszuführen. So wirkte das praktische Bedürfnis bei der Fortbildung des Institutes der letztwilligen Treuhand mit.

c.

Das dritte Institut, aus dem sich die letztwillige Treuhand entwickelt hat, ist die Vormundschaft oder Vogtei.

In den Formelsammlungen finden wir folgende[27] Stelle:

> Ipse R. et K. (die Salmannen) cum funere corporis sui venerunt ad Frisingas et supradictis verbis ipsam traditionem perfecerunt.

An einer andern[28] Stelle heißt es:

> . . . . feretro impositum corpus eius deducentes ad monasterium stabilierunt et ad altare vice ipsius sancto et fratribus delegaverunt.

Eine dritte[29] Stelle endlich berichtet:

> antequam corpus eius extra ecclesiam deportatum fuisset venit ipse M. (der Salmann), qui traditionem accepit ab illo et soror . . . et communi manu firmiter omnia tradiderunt.

---

[26]) Beseler, Erbv. I. S. 285.
[27]) Meichelbeck, I. 2 Nr. 698.
[28]) Heumann, p. 301.
[29]) Meichelbeck, I. 2 Nr. 580.

Allen diesen Fällen gemeinsam ist, daß der Treuhänder angesichts der Leiche die Vergabung an die Kirche vornimmt. Vice eius tut er es. Wir gehen wohl nicht fehl, wenn wir annehmen, daß wir es auch hier mit der Idee des Fortlebens nach dem Tode zu tun haben. Der Tote kann die Schenkung nicht mehr selbst vollziehen, daher läßt er dies infolge einer von ihm bei seinen Lebzeiten getroffenen Anordnung durch den Treuhänder tun. Letzterer vertritt den Toten, als wenn er nur abwesend oder sonst irgendwie verhindert wäre. Es kann uns daher nicht wundern, wenn wir später den Treuhänder als Vormund des Toten bezeichnet finden.[30]) So heißt es in den lateinischen Aufzeichnungen des älteren lübischen Rechts Cod. I art. 123:[31])

> Cum defunctus presto est, mundiburdio defuncti nulla penitus incumbit compositio.

Und in den deutschen Texten Cod. II art. 84 heißt es:[32])

> So wanne claghet wert umme dotslach, de vormunde des doden. . . .

So finden wir auch einen Fall, wo jemand seinen Sohn zu seinem Vormunde einsetzt:[32])

> constituit . . . filium suum in suum verum et ultimum procuratorem, actorem, factorem, bonorum suorum dispensatorem.

Wir sehen, daß sich hier jemand selbst einen Vormund kürt. Daß diese „procuratores, provisores" ursprünglich nur „Vormundere des doden" sind, ergibt sich aus einem Testamente vom Jahre 1358:[33])

> In provisores et huiusmodi testamenti mei executores eligo . . .

Hier sind also der Vormund des Toten und der Testamentsexekutor scharf voneinander geschieden.

Die Vormünder des Toten haben seine Angelegenheiten zu besorgen. Sie haben den Verstorbenen zu vertreten. Ohne daß

---

30) Brunner, R.G. I. S. 254.

31) Diese und die folgenden Quellenstellen des lübischen Rechts bei Hach, Das alte lübische Recht 1840.

32) Hach, a. a. O.

33) Pauli, III. S. 320.

es dazu einer besonderen Bestellung bedurfte, waren sie kraft ihrer allgemeinen vogteilichen Gewalt auch gleichzeitig Vormünder der Witwen und der Kinder. So berichtet uns ein Testament aus dem Jahre 1321:[34])

> Item kese ik to Vormunderen Ghert Ratzeborg, Borgher to Lübeck, Johannes Bredenvelt und Henneken Holenbeke, Borghere to Lübeck.

Hier heißt es also schlechthin „Vormundere". Doch finden wir zwei Jahre später folgende Urkunde:[35])

> Notandum, quod Wobbe, relicta Tymmonis Holenbeke, coram consilio elegit sibi alios provisores, quam idem Tymmo sibi constituerit in suo testamento.

Die Vormünder des Toten üben somit auch die Vormundschaft über die hinterlassene Frau aus. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der Kinder, wie uns folgende Urkunde[36]) beweist. Älteres lübisches Recht cod II. art. 97:

> So war en vader levende is und sinen Kinder settet enen vormunden.
>
> art. 99: Is dat iemen sinen kinderen settet vormunden.
>
> art. 100: Is dat iemen stervet de sinen kinderen und sinem wive nene vormunde ne maket.
>
> art. 105: So war en man testament maket und vormundere set.

Mit der vogteilichen Stellung über Witwen und Kinder des Erblassers war schon ganz von selbst gegeben, daß den Vormündern eine umfangreiche Verfügungsmacht über den Nachlaß zustand.

Den Fall, daß der Erblasser einen Freund oder Verwandten zum Vogt seiner Witwe und Vormund seiner unmündigen Kinder bestimmt,[37]) damit er insbesondere ihr Vermögen zu treuer Hand verwalte, finden wir auch durch zahlreiche Urkunden aus Freiburg belegt. So heißt es z. B.:[38])

---

[34]) Pauli, III. S. 321.
[35]) Pauli, a. a. O.
[36]) Hach, a. a. O.
[37]) Beyerle, S. 25, 26.
[38]) Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins. XV. S. 238.

> Ich Jacob von Nuwenburg und ich Conrat Sneweli, des vorgenanten Johannes bruder, rittere, wan wir sallute waren der vorgenannten frowen und ir kinde, veriehen, das es mit unserme willen geschen ist . . .,

und an einer anderen Stelle:[39])

> unde ich Wernher von Hunewilre ein ritter der selben frowen fro Sophien, miner swester ir, und ir vorgenanten Kinde salmann.

Allmählich trat das vormundschaftliche Verhältnis immer mehr zurück, und die Auffassung, daß der Vormund Verwalter des Nachlasses sei, trat in den Vordergrund. In den Testamenten des 15. Jahrhunderts finden wir, daß die Testamentarien zu Vormündern besonders bestellt werden müssen.[40])

> Mine Vormundere kese ik de ersamen und bescheiden Manne Hans Pros (und andere) und bevele ene ok minen Sone Jachymmo ok sine Vormundere to wesend.

Der Vormund hat also grundsätzlich nur noch eine vermögensrechtliche Stellung. Wir sehen also, wie der Unterschied zwischen Salmann und Vormund immer geringer wird und schließlich ganz wegfällt, und wie zwei Rechtseinrichtungen, die „ehemals parallel nebeneinander herliefen",[41]) sich zu einem einzigen vereinigt haben.

In ähnlicher Weise wie bei den Franken hat sich das Institut der letztwilligen Treuhand bei den Langobarden entwickelt. Auch hier hat es seinen Ausgang von Vergabungen von Todes wegen unter Hinzuziehung dritter Personen genommen, nur greift es hier nicht auf den Salmann, sondern auf den Dispensator, den Treuhänder bei der Freilassung von Sklaven zurück.[42])

§ 3.

a.

Bevor wir uns mit der Rechtsstellung des letztwilligen Treuhänders beschäftigen, müssen wir kurz auf die Namen ein-

---

[39]) Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins. XII. S. 82 ff.
[40]) Pauli, III. S. 337.
[41]) Beseler, Zeitschrift S. 149/150.
[42]) Schultze, Treuhand.

gehen, die er führte. Wie in der lex Salica finden wir auch in den älteren Formelsammlungen keinen besonderen Namen. Hier heißt es stets

in manus tradidit, delegavit[1]) — meae fidei tradendo commendavit[2]) in manus dabat[3]) — per manus donoatque transfundo[4]) — tradidit cum manu, cum manibus[5]) — in manus fideles.[6])

Später erst kommt der Name Salmann[7]) in Anwendung und mit ihm noch andere Namen:

— delegatorem, quod vulgo dicitur Salmann[8]) — per manus C. nostri delegatoris sive Salmanni[9]) mediatores . . ipsos esse Salmannos.[10])

Auch fideiussores[11]) finden wir

sub fideiussoribus, quos vulgo Saliburgiones vocamus — per fideiussores, quos vulgariter Saliburgiones vocamus,[12])

ferner Seelwärtel, Seelgereter,[13]) Testamentarien,[14]) Treuhänder,[15]) Treusträger,[16]) manufideles,[17]) executores und andere Namen.[18])

---

1) Meichelbeck, I. 2 Nr. 357, 388, 1355.
2) Meichelbeck, I. 2 Nr. 499, 572.
3) Meichelbeck, I. 2 Nr. 698.
4) Meichelbeck, Nr. 4.
5) Bayr. Quel. I. Nr. 6, 13, 37, 113.
6) Mon. Boi. XXIV. p. 42.
7) Schannat, Vind. lit. p. 47. Mon. Boi. I. p. 171, III. p. 354.
8) Heumann, p. 301, 302, 313.
9) Heumann, p. 307.
10) Heumann, p. 308.
11) Heumann, p. 306, 316.
12) Heumann, p. 320.
13) Heumann, p. 315.
14) Heumann, p. 316, 17. Lacomblet, I. Nr. 527.
15) Haltaus, S. 1805.
16) Haltaus, S. 1806.
17) Haltaus, S. 1308, 1352.
18) Heumann, p. 314, 318 (facimus et constituimus et ordinamus executores, distributores, gadiatores seu commissarios dicti nostri testamenti), p. 319 (gadiatores et executores huius nostri testa-

Die Bestellung der letztwilligen Treuhänder erfolgt durch einseitige Erklärung des Erblassers, in der Zeit, als es Testamente gab, in diesen. Daß auch in Erbverträgen Treuhänder ernannt werden konnten, lehren uns die Form. Mar. I 12, 13[19]) und verschiedene Testamente aus der späteren Zeit.[20])

Da man in den letztwilligen Treuhändern auch tutores et defensores testamenti sah, die man „potissimum maioris securitatis causa"[21]) bestellte, wählte man mit Vorliebe solche Personen, denen man besonderes Vertrauen schenken konnte. So finden wir in einem Testament von 1367[22])

Provisores meos eligo . . H. et G. filios meos,

und an anderen Stellen[23]) die Söhne als Exekutoren bezeichnet, an weiteren Stellen[24]) sonstige Verwandte. Auch verwandte Frauen wurden mit der Ausführung des letzten Willens beauftragt.[25]) In einem lübischen Testament verfügt der Erblasser sogar folgendes:[26])

> Provisores meos eligo (folgen die Namen). Attamen volo, quod uxor mea debet super omnes provisores meos capitanea esse principalis faciendi et dimittendi cum presenti testamento, quicquid voluerit.

Hier ist also die überlebende Witwe nicht nur Testamentsvollstreckerin, sie kann sogar nicht nur „raden even mechtig ghelik mynen Vormunderen",[27]) sondern sie ist Hauptverwalterin des Nachlasses.

menti, nec non et procuratores, actores et defensores seu etiam curatores animae nostrae et omnium bonorum nostrorum.

19) Rozière N. 253, 216.

20) Bei Pauli, III. S. 457 ff.

21) Heumann, p. 308, 309, 310. Mon. Boi. XXIV. p. 42.

22) Bei Pauli, III. S. 328.

23) Meichelbeck, I. 2 Nr. 4, 321, 353, 300. Bayr. Quel. I Nr. 113, 130.

24) Bayr. Quel. I Nr. 25, 36. Heumann, p. 171. Meichelbeck, I. 2 Nr. 59, 287, 378.

25) Heumann, p. 301, 311. Bayr. Quel. I 148. Meichelbeck, Nr. 580, 627.

26) Bei Pauli, III. S. 329.

27) Lübisches Testament bei Pauli, III. S. 328.

Außer Verwandten wählte man vertraute Freunde,[28]) einflußreiche Männer,[29]) Grafen und Fürsten;[30]) bei Vergabungen an die Kirchen und Klöster lag es wieder sehr nahe, sich eines Klerikers zu bedienen.[31]) Die Zahl der Treuhänder ist verschieden. Meist finden wir mehrere z. B. fünf, drei, zwei.[32]) Doch ist nicht stets gemeinsames Handeln aller erforderlich.[33])

> si quis eorum trium prior de morte illius certus efficeretur, statim et aliis nescientibus delegaret et alii hoc factum pro rato ducerent.

Hier genügt also die Tätigkeit eines einzigen Treuhänders. Bisweilen wird gemeinsames Vorgehen von zweien vorgeschrieben.[34])

> Wennte dann myne Testamentarii nicht wol allewege tosamende komen konen, so scholen doch alletyd twe vulmechtig wesen to donde unde to latende wes myneme testamente anrorende is.

In einer Urkunde[35]) erklärt ein Salmann:

> Et quamdiu ego Raymondus fuerit, tutor et defensor fiam, post obitum quoque meum filii R. et F. non heredes, sed tutores et defensores fiant.

Die Söhne treten hier in die Stelle des Vaters als Salmann ein. Ähnliches wird uns von einer anderen Stelle[36]) berichtet:

---

[28]) Schannat, Trad. Fuld. Nr. 185.

[29]) Bayr. Quel. II. Nr. 15.

[30]) Meichelbeck, Nr. 580, 698, 1159. Mon. Boi. XXIV p. 42. Heumann, p. 306.

[31]) Heumann, p. 305. Bayr. Quel. I. 188, 226. Meichelbeck, I. 2 Nr. 88, 312, 357, 385, 449. Beyerle, I. S. 37.

Bemerkt sei hier, daß es in späterer Zeit bisweilen den Geistlichen nicht gestattet war, das Amt eines Testamentsexekutors zu bekleiden, z. B. N. St. Buch von 1387 (Hach a. a. O.) tamen ex quo ipse clericalem statum elegisset, non posset secundum ius Lubecense testamentarius permanere.

[32]) Heumann, p. 305, 306, 318. Schannat, Vind. lit p. 114. Meichelbeck, Nr. 321, 580, 636.

[33]) Meichelbeck, I. 1 Nr. 636.

[34]) Pauli, III. S. 325.

[35]) Heumann, p. 310.

[36]) Heumann, p. 302.

Contigerat ut L., qui erat Salmannus —.— occubuisset et filii ipsius, in annos constituti vices eius implere non possent, unde post multam disputationem sententia principum in hoc consensit, ut proximus puerorum vices suppleret ipsorum quod et fecit Conradus Comes de M, eorum cognatus.

Auch hier sehen wir, daß die Treuhand auf die Söhne übergehen würde, wenn sie mündig wären.

Die Vererblichkeit der Salmannschaft bestätigen uns auch die Konstanzer Urkunden:[37])

unde mit sinen salliutin A. S. und H. S., die diu sal von erbe anevil von iro vatter.

Waren die Söhne verhindert, das Treuhänderamt des Vaters auszuführen, so traten, wie wir gesehen haben, die nächsten Verwandten an ihre Stelle. Aber es entstanden dabei Schwierigkeiten — post multam disputationem — und man mußte erst die Obrigkeit — sententia principum — um Rat fragen, wer von den Verwandten dazu berufen sein sollte. Dies alles vermied man später, indem man in den Testamenten selbst bestimmte, was zu geschehen habe, wenn einer der Treuhänder sterben sollte. So bestimmt ein lübisches Testament:[38])

Provisores meos eligo B (und drei andere) volens, cum aliquem ex meis provisoribus mori contingat, quod alii superviventes eligant unum alium in loco defuncti ipsis aptum et placentem.

Ähnlich heißt es in einem anderen Testamente:[39])

Ik wil ok, offt eyn von minen Vormunderen verstorve, dat denne de Levendigen einen anderen vromen man, mit willen und vulbrod miner husfruwen so vaken des behof werd, in des doden stede wedder solen kesen.

Die überlebenden Treuhänder hatten somit das Recht, ihre Zahl durch Zuwahl zu ergänzen. Tritt aber der Fall ein, daß

---

[37]) Beyerle, I. S. 162.
[38]) Pauli, III. S. 325.
[39]) Pauli, III. S. 325.

sie alle sterben, ohne sich Nachfolger gewählt zu haben, so werden solche von der Obrigkeit ernannt:[40])

> Notum sit, quod pueris Riquardi Sch. in sortem doni, quod ipsis patruus eorum I. Sch. in suo testamento dederat, assignaverunt testamentarii eiusdem I. per consilium statuti veris testamentariis defunctis, illas duas marcas den. wicbeldes.

Das Recht der Treuhänder, ihre Zahl durch Zuwahl zu ergänzen, finden wir auch in England zu jener Zeit.[41]) Hier war es im 12. Jahrhundert nicht möglich, Grundstücke durch Testament zu hinterlassen. Man griff deshalb auf die Treuhänder zurück, indem man ihnen das Land „to his use, a son eos" übertrug. Man übertrug dabei das Eigentum des Grundstückes an mehrere Treuhänder, trustees, und bestimmte ebenfalls, daß im Falle des Todes eines Treuhänders Akkreszenz stattfinden solle.

Beendigt wurde die letztwillige Treuhand, wie wir gesehen haben, nicht immer durch den Tod des Treuhänders. Dagegen wurde sie durch Widerruf beendigt, oder, wenn sie nur bedingt angeordnet war, durch Eintritt bezw. Nichteintritt der Bedingung:

> tradidit in manus . . . ea ratione . . . ut si caepto itinere non rediret . . . bona delegaret.[42]) Ita et fecit omni tempore, quando extra provinciam aut in hoste aut in quacumque legatione Domini sui peragere debuerat . . . in manus W commisit dicendo: Si ei in illo itinere exitus vitae evenisset . . .[43])
>
> ego R in Langobardiam iturus tradidi G . . . omnem rem . . . in ea ratione, ut, si non rediero, eandem rem traderet . . ., si vero reverterer, resignaret mihi traditionem meam.[44])

Auch im Falle einer schweren Krankheit kam es vor, daß man sein Gut Treuhändern übergab, damit diese es nach dem

---

[40]) Lübecker O. St. Buch von 1343 bei Hach a. a. O.
[41]) Maitland, Trust und Korporation S. 14 ff.
[42]) Schannat, Trad. Fuld. Nr. 636.
[43]) Meichelbeck, I. 2 Nr. 492.
[44]) Cod. Laur. Nr. 257.

Tode des Treugebers dem bestimmten Zwecke zuführten, falls der Treugeber aber mit dem Leben davon käme, es ihm wieder zurückerstatten sollten.[45])

b.

Der Salmann erhält das Gut so wie der materielle Erwerber in die Hand tradiert, meist durch Übergabe eines Symbols, einer „festuca“, eines „wadium“.[46]) Beim Tode des Erblassers „scholen de vormundere sich des ghudes to male underwinden“.[47])

> Neque id obscutum est Salmannos rei conservandae curam praecipue habuisse, non dispensandae, nisi admoucti essent.[48])

Der Salmann hat also in erster Linie sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen und ihn zu regulieren. Seine weitere Tätigkeit richtet sich ganz nach den Anweisungen, die der Treugeber ihm gegeben hat. So ist bei den Seelgeräten mit der Übergabe der Sache an das Kloster die Tätigkeit des Salmannes beendigt. In anderen Fällen ist das Machtgebiet der Salmannen wieder umfangreicher:

> . . . . cui idem A resignavit et reliquit omnia . . . . dando sibi potestatem plenariam vendendi, exponendi et faciendi, quidquid decreverit cum eisdem faciendi.[49])

Der Testamentsexekutor erhält hier somit die Befugnis, alle Handlungen vorzunehmen, die er für erforderlich hält, um den letzten Willen des Erblassers auszuführen.

Bisweilen erhält der Treuhänder keinen bestimmten Auftrag, es wird dann seinem Gutdünken überlassen, wie er den Nachlaß verwenden will. Als einzige Richtschnur dient dann der mutmaßliche Wille des Testators, der ihn berechtigt

> omnia faciendi et exercendi, que circa premissa et eorum quodlibet necessaria forent et opportuna et

[45]) Meichelbeck, Nr. 300, 308.
[46]) Form Lind., 152 (Rozière, 159). Marc. I. 13 (Rozière, 216).
[47]) Pauli, III. S. 324.
[48]) Heumann, S. 305.
[49]) Lübecker O. St. Buch bei Hach, a. a. O.

que ipsemet et testator facere posset, si vivus personaliter interesset.[50])

Dasselbe berichten uns noch andere Urkunden aus dem lübischen Recht.[51])

Doch nicht nach Willkür konnten die Treuhänder in einem solchen Falle schalten und walten, stets war der mutmaßliche Wille des Erblassers für ihre Handlung maßgebend. In späterer Zeit — Mitte des 14. Jahrhunderts — müssen sie sogar über ihre Tätigkeit Rechenschaft ablegen

recognovit — predictum G. in presencia predictorum aliorum suorum provisorum sibi de omnibus suis bonis computacionem racionabilem fecisse,[52])

und sich eidlich reinigen

Sciendum quod Iohannis K. incusavit Herderum de Stade et alios provisores Iohannis Lobeke ex parte testamenti eiusdem I. L., unde dicti provisores cum plena iusticia iuramenta ab ipso separabantur, confirmando, quod ipsi de bonis eiusdem testamenti non plus habeant, de quo sibi aut cuicumque alteri aliquid teneantur.[53])

Finden sich darüber, wann der Treuhänder das Testament zur Ausführung zu bringen hat, in der späteren Zeit keine näheren Bestimmungen,[54]) so haben wir in den älteren Formelsammlungen eine Stelle, die uns beweist, daß auf die baldige Durchführung des letzten Willens gedrungen werden kann. Hier[55]) wird uns berichtet, daß jemand mehrere Männer damit beauftragt, pro anima sua nach seinem Tode eine Schenkung zu machen. Als er aber starb,

ipsi supra dicti aliquantum tempus detardaverunt hoc agere.

---

[50]) Testamentsurkunde von 1376 bei Stobbe, Pr.R. S. 262 Anm. 65.
[51]) Pauli, III. S. 334, 35.
[52]) Lübecker N. St. Buch v. 1349 bei Hach, a. a. O.
[53]) Lübecker N. St. Buch v. 1378 (Hach, a. a. O.).
[54]) Pauli, III. S. 336.
[55]) Meichelbeck, I. 2 Nr. 300.

Der Bischof der bedachten Kirche geht daraufhin in das Grafenthing

et interpellabat eos de ipsa ecclesia, quam Fr. domni St. Mariae tradidit per manus illorum et ipsi confitentes verum esse, venerunt ad Frisingas et perfecerunt, sicut eis iniunxit Fr.

Da der letztwillige Treuhänder das Recht und die Pflicht hat, den Nachlaß zu regulieren, steht ihm die Befugnis zu

credita extorquendi, exigendi petendi et levandi et de receptis finem ac quitationem ac pactum perpetuum de ulterius non petendo faciendi.[56])

Es steht ihm auch frei, sich mit den Schuldnern durch einen Vergleich zu einigen

et pro eis agendi et defendendi in iudicio et extra.[56])

Bei Klagen, welche die Anfechtung des Testamentes bezwecken, ist der Treuhänder allein der rechte Beklagte, gegen ihn als den Vertreter des Testamentes muß die Klage gerichtet werden, er muß auch als Prozeßpartei den Eid leisten:

— — ideo, si necesse fuerit hoc mei provisores cum eorum iuramento secure in animam meam possunt confirmare, quod nulli teneor facere aliquam divisionem de bonis meis.[57])

Daß der letztwillige Treuhänder gerade hierzu berufen wird, zeigt uns, wie der Gedanke an ein Fortleben nach dem Tode noch immer wach war, und wie sehr man in dem Testamentexekutor noch den Vormund des Toten sah.

c.

Wir haben gesehen, daß der letztwillige Treuhänder im altgermanischen Recht eine umfangreiche Machtstellung besaß und daß für seine Tätigkeit in erster Linie der letzte Wille des Erblassers bestimmend war. Er übte seine Macht zu eigenem Rechte aus und war nicht Stellvertreter des Erblassers.[58]) Dies ergiebt sich schon aus dem Umstande, daß dem germanischen

[56]) Urkunde bei Stobbe, Pr.R. S. 262 Anm. 15.

[57]) Lübecker Testament von 1372 bei Pauli, III. S. 244.

[58]) Beseler Ztschr. S. 152. Lammer, S. 22.

Rechte eine Stellvertretung „freier und selbstmündiger Personen“ grundsätzlich unbekannt war[59]) und zur Ermöglichung einer Stellvertretung ein königliches Privileg erforderlich war.[60]) Wenn sich in einzelnen Quellenstellen der Ausdruck „vice, ad vicem donatoris“ findet, so bedeutet das nur, daß der Treugeber dem Treuhänder die Befugnis einräumt, „die an sich dem ersteren bezw. seinen Erben obliegende Gewährschaftsverteidigung seinerseits zu übernehmen mit Hilfe der ihm zu diesem Zwecke vom ersteren überlieferten Urkunden; es soll in diesem Falle, was früher unerlaubt war, der Successor loco (vice), auctoris stehen dürfen.“[61])

Daß der letztwillige Treuhänder kein Stellvertreter ist, steht nicht in Widerspruch damit, daß wir ihn als Vormund des Toten bezeichnet haben. Denn wenn der letztwillige Treuhänder als solcher handelt, so wird eigentlich, infolge des Glaubens von dem Fortleben nach dem Tode, der Tote als handelnd gedacht. Der Tote verfügt über seinen Totenteil,[62]) der sein Eigentum bleibt, der Tote führt Klage,[63]) der Tote leistet den Eid. Der letztwillige Treuhänder verkörpert also den Verstorbenen, er steht, wie wir bereits gesagt haben, „loco donatoris“.

Hieraus geht hervor, daß der letztwillige Treuhänder nicht Stellvertreter war, sondern kraft eigenen Rechtes handelte. Aus der Art dieses Rechtes ergibt sich ebenfalls, daß er nicht Stellvertreter sein kann. Denn der Treuhänder hat nicht ein dingliches Recht an den ihm übertragenen Gegenständen, sondern er hat Eigentum daran.[64]) Doch dieses Eigentum hat seine Besonderheiten. Entsprechend seiner sonstigen Stellung hat der Treuhänder das Eigentum nicht um seiner selbst willen. Auch soll er das ihm übertragene Gut nicht für immer behalten, sondern nach längerer oder kürzerer Zeit — je nach dem Willen des Erblassers — weiter übertragen.[65])

---

[59]) Brunner, Ztschr. S. 518.
[60]) Brunner, Ztschr. S. 518. Christiani, S. 22.
[61]) Schultze, Treuhand S. 62.
[62]) Brunner, Totenteil, Fortleben.
[63]) Brunner, R.G. I. S. 39.
[64]) Brunner, Forschungen S. 24, 33. Schultze, Treuhand S. 62.
[65]) Christiani, S. 31, 32.

II.

§ 4.

a.

Dem ältesten römischen Rechte war ein Testamentsexekutor, sowohl dem Namen als auch dem Begriff nach völlig unbekannt. Auch der „familiae emtor“[1]) kann nicht als solcher angesehen werden. Die Errichtung eines Privattestamentes geschah ursprünglich in der Form der Manzipation: Der Testator verkaufte zum Schein sein ganzes Vermögen, patrimonium, an einen Dritten, mit dem Befehle, nach dem Tode des Erblassers die letztwilligen Anordnungen desselben zur Ausführung zu bringen. Dadurch wurde der familiae emtor formell zum unumschränkten Eigentümer gemacht, materiell aber verpflichtet, das Vermögen des Erblassers an die Testamentserben herauszugeben, für die er es auch nur heredis loco verwaltete. Wir können also den „familiae emtor“ mit dem letztwilligen Treuhänder vergleichen, aber rechtlich gleichbedeutend ist er ihm nicht. Auch hat die Einrichtung des „familiae emtor“ deshalb keine Bedeutung für unsere Untersuchung, weil der familiae emtor allmählich zu einer bloßen Solennitatsperson bei Errichtung des Testamentes herabsank.

Das römische Recht hatte auch nicht das Bedürfnis nach einem T.V. wie es das deutsche Recht hatte. Denn das römische Testament war nicht wie das deutsche eine Summe von Vermächtnissen und Zuwendungen. Wesentlich war ihm vor allem die Einsetzung eines Erben. Der Erbe ist infolge des Prinzips der Universalsuccession der Repräsentant des Erblassers und ist als solcher in erster Linie zum Vollzuge des letzten Willens befugt. Daß der Testator neben dem eingesetzten Erben sich noch eine dritte Mittelsperson hätte wählen und somit eine Teilung seiner Vertretung hätte herbeiführen können, war nach der Rechtsanschauung der Römer nicht möglich.

Keine T.Vg. liegt vor bei dem mandatum post mortem,[2]) da hier ein Vertrag unter Lebenden vorliegt und keine testa-

[1]) Gaii lib. II. § 102 ff.
[2]) l. 12 § 17, l. 13 D § 17, 1.

mentarische Einsetzung, die für den Begriff der T.Vg. notwendige Voraussetzung ist. Auch in der Einrichtung der ministri,[3]) denen die Erledigung bestimmter Geschäfte aufgetragen wird, kann eine T.Vg. nicht gesehen werden.

Erst in spätester Kaiserzeit begegnen wir einigen Stellen,[4]) welche eine dem Treuhänder ähnliche Einrichtung zeigen. So errichtet jemand ein Legat oder Fideikommiß, quod redemptioni captivorum relinquitur. Dann heißt es weiter:

> Si quis testator significaverit per quem desiderat redemptionem fieri captivorum, is, qui specialiter designatus est, legati seu fideicommissi habeat exigendi licentiam.

Sollte aber der Testator ohne Ernennung eines T.Vs. sterben, so sollte der Bischof seine Anordnungen vollziehen.

Es wird hier, unter dem Einfluß der Kirche, eine Zuwendung an incertae personae, captivi et pauperes, für gültig erklärt. Daß zu der Ausführung solcher Zuwendungen besondere Mittelspersonen erforderlich sind, ergibt sich von selbst schon daraus, daß jene unbestimmte Mehrheit keine Rechte erwerben oder wahrnehmen konnte. Diese Mittelspersonen dienten nur dem Bedürfnis eines einzelnen Falles; auf anderen Gebieten hat dieses Institut keine Anwendung und weitere Fortbildung erfahren.[5])

b.

Auch im kanonischen Rechte finden wir Anklänge an die Testamentsexekution. So bestimmt eine Novelle Leos (aus dem Ende des 9. Jahrhunderts), daß Geistliche keine Vormünder, wohl aber Testamentsexekutoren werden konnten. Ebenso finden wir die „executores testamentorum“ und die „executio ultimae voluntatis“ im Corpus iuris canonici.[6]) Dieses besondere Recht der Geistlichen ist jedoch nicht ins gemeine Recht übergegangen.

---

[3]) Windscheid, § 567 Anm. 4.
[4]) l. 28, 49 C. de episc. et cler. I. 3. Nov. 131 Cap. 11.
[5]) Schultze, Treuhand S. 168 Anm. 4.
[6]) c. 17, 19 X. 3, 26. Cl. un 3, 6.

c.

Als im Laufe des 16. Jahrhunderts das römische Recht in Deutschland aufgenommen wurde, wurde auch das römische Testament mit übernommen. Da diesem nun, wie bereits oben erwähnt, die Einsetzung eines Erben wesentlich war, erübrigte sich eigentlich das Institut der T.Vg. Trotzdem hat es sich behauptet. Gründe hierfür bot wohl zunächst der Umstand, daß man an dieses Institut gewöhnt war.[7] Ferner leistete die Ernennung eines Testamentsexekutors dem Erblasser eine gewisse Gewähr für die Ausführung seines letzten Willens, die bei der großen Rechtsunsicherheit zur Zeit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland nicht zu gering anzuschlagen war.[8] Auch mußte dem Erblasser daran gelegen sein, einen möglichst erfahrenen und umsichtigen Mann zu ernennen, der die Erbteilung, die bei der Trennung in allodiale und Lehnsgüter und der teilweisen Unveräußerlichkeit des Besitzes besonders schwierig war, ausführen konnte.[9]

So hat sich das Institut der Testamentsexekutoren auch im gemeinen Recht siegreich aufrecht erhalten.[10]

§ 5.

a.

Die römisch-rechtlich geschulten Juristen standen angesichts der zuletzt erwähnten Tatsachen vor einer schwierigen Aufgabe. Sie sollten eine Rechtseinrichtung in einem System unterbringen, dem sie ganz fremd war.[1] Denn an sicheren gemeinrechtlichen Bestimmungen, wonach die besonderen Rechtsfragen über Rechte und Pflichten der Testaments-Vollzieher entschieden werden könnten, fehlte es gar sehr.[2] Daß die wenigen Stellen des römischen Rechts, in denen man ein der T.Vg. ähnliches

---

[7] Mühlenbruch, S. 404. Beseler, Ztschr. S. 156.

[8] Rosenthal, S. 7 und 4. Patzelt, S. 16.

[9] Mühlenbruch, S. 404. Patzelt, S. 16.

[10] Beseler, Ztschr. S. 157.

[1] Wolff, S. 18.

[2] Mühlenbruch, S. 405.

Institut finden konnte, zur Begründung der Lehre nicht ausreichten, sah man selbst ein.[3]) So ist es denn nicht zu verwundern, daß über die rechtliche Konstruktion der T.Vg. die größten Meinungsverschiedenheiten unter den Juristen herrschten.[4])

Es soll nun unsere nächste Aufgabe sein, die verschiedenen Theorien, die über diese Materie aufgestellt wurden, kurz anzuführen.

Zuerst wurde die T.Vg. nach Analogie der Vormundschaft behandelt.[5]) Begründet wurde diese Lehre von Durandus,[6]) Bartolus,[7]) Baldus,[8]) fortgesetzt von Mynsinger,[9]) Mevius,[10]) Carpzow,[11]) Stryk[12]) und Lauterbach.[13]) Ihre Lehre gipfelt in dem Satze: „Executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur.“ Doch bei dem Vergleiche beließ man es, man schritt nicht von der Analogie zur Konstruktion.[14])

Gegen die Anwendung der Analogie der Vormundschaft spricht zunächst der Umstand, daß die Anordnung der Vormundschaft in öffentlichem Interesse erfolgt, die Anordnung einer T.Vg. dagegen lediglich den privaten Interessen des Erblassers dient.[15]) Ferner, und das ergibt sich hauptsächlich aus der verschiedenen Natur dieser beiden Institute, kann der zum Vor-

---

3) Beseler, Erbv. I. S. 284.

4) Beseler, Ztschr. S. 156 ff. Patzelt, S. 17.

5) Beseler, Ztschr. S. 157.

6) Durandus, Speculum iuris l. II. p. II. De instrumentorum editione § 13.

7) Bartolus, ad l. 9 D de alcin et cib. leg.

8) Baldus, ad l. 24 C de episc. et cler.

9) Mynsinger, Responsorum iuris sive consiliorum decas IV. respons. 35 No. 24.

10) Mevius, Comment. ad ius Lubec. lib. II. tit. 1 art. 15.

11) Carpzow, Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica pars. III. const. 13 def. 37, 38.

12) Stryk, De officio executoris ult. volunt. in opp. vol. X. disp. 10.

13) Lauterbach, Disputatio de executoribus voluntatum ultimarum.

14) Sturm, S. 9.

15) Wolff, S. 22.

mund ernannte die Annahme dieses Amtes nur unter gewissen gesetzlich bestimmten Bedingungen ausschlagen, während bei der T.Vg. es vom Belieben der ernannten Person abhängt, ob sie die Berufung annimmt.[16])

Die Richtigkeit dieser Gründe muß auch Windscheid[17]) zugeben, der neben Heusler[18]) zu den neueren Vertretern der Vormundschaftstheorie gehört. Wenn er aber nun weiter sagt, daß man „die Konsequenzen, welche sich aus diesen Punkten ergeben, bei der Ausbildung des Instituts im einzelnen wegzulassen hat", so müssen wir uns fragen, worin denn dann überhaupt Übereinstimmung zwischen der Vormundschaft und der T.Vg. besteht? Die einzige Ähnlichkeit ist die, daß der Vormund wie der T.V. nach dem Tode einer Person — des Gewalthabers und des Testators — auftreten.[19]) Und selbst diese Ähnlichkeit kann noch nicht als vollkommen bezeichnet werden, denn der T.V. erwirbt sein Amt durch die Bestellung im Testamente, während der Vormund hierzu noch der obrigkeitlichen Bestätigung bedarf. Nicht unbeachtet zu lassen ist ferner, daß die Vormundschaft in erster Linie die Sorge für die Kinder des Erblassers umfaßt, die T.Vg. dagegen hauptsäch vermögensrechtlicher Natur ist.

Wir sehen also, daß bei der geringen Ähnlichkeit, die zwischen diesen beiden Instituten besteht, wohl nicht gut von der Anwendung der Lehre der Vormundschaft auf die Lehre von der T.Vg. gesprochen werden kann.[20]) Aus diesem Grunde ist denn heut auch jene Analogie bis auf die beiden erwähnten Schriftsteller ganz aufgegeben worden.

b.

Die Vormundschaftstheorie wurde bereits im Laufe des 18. Jahrhunderts von der sogenannten Mandatstheorie verdrängt. Diese Lehre fand großen Anhang: Thibaut,[21]) v. Wening-

---

16) Andrée, S. 13.
17) Windscheid, III. § 567 Anm. 7.
18) Heusler, I. § 49 II. § 202.
19) Welti, S. 25. Wolff. S. 27.
20) Rosenthal, S. 11.
21) Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. I. § 1000.

Ingenheim,[22]) Mühlenbruch[23]) und Puchta[24]) sind ihre Hauptvertreter.[25])

Gegen diese Theorie spricht, daß das Mandatsverhältnis ein Vertragsverhältnis ist, ein Vertrag aber nicht durch Annahme der letztwilligen Erklärung eines Verstorbenen seitens eines Lebenden zustande kommen kann.[26]) Ferner muß man berücksichtigen, daß der T.V. eine Machtstellung einnimmt, die auch die Erben nicht widerrufen können, sondern anerkennen müssen.[27])

Die analoge Anwendung der Grundsätze des Mandats auf die T.Vg. ist nur möglich, wenn man unter dem Auftrag „einen einseitig erklärten und einen von den Erben nicht zu widerrufenden Auftrag versteht" und dann haben wir „den römischen Namen und nicht die römische Sache".[28])

Daß das mandatum post mortem, auf welches sich die Anhänger dieser Lehre stützen, keine T.Vg. ist, haben wir bereits erwähnt.

Wir sehen somit, daß die T.Vg. von dem Mandat „durch die Kluft geschieden ist, welche die Geschäfte unter Lebenden von denen von Todes wegen trennen".[29])

Erwähnt sei hier noch die Ansicht von Sintenis,[30]) der in der T.Vg. „eine Erweiterung der tatsächlichen zulässigen Voraussetzungen des Mandates" sieht. Hierzu ist zu bemerken, daß durch diese Erweiterungen das Mandatsverhältnis völlig verändert wird. Sintenis gibt denn auch selbst zu, daß das Institut noch nicht völlig geregelt sei, sondern erst mit der Zeit vollendet werden könne.[31])

---

[22]) v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. 3 §§ 101, 102.

[23]) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. Teil 3 § 657.

[24]) Puchta. Pandekten, § 482.

[25]) Beseler, Ztschr. S. 162 ff. Rosenthal, S. 11. Albrecht, S. 215.

[26]) Windscheid, § 567. Anm. 7.

[27]) Sturm, S. 10.

[28]) Windscheid, § 567 Anm. 7.

[29]) Dernburg, P.Pr.R. S. 473.

[30]) Sintenis, III. § 182 Anm. 4 S. 481.

[31]) Sintenis, a. a. O. S. 482.

c.

Eine dritte Theorie über das Wesen der T.Vg. ist die sogenannte Arbitertheorie, wie sie von Leyser,[32]) Hellfeld[33]) und Roßhirt[34]) vertreten wird.[35]) Diese Lehre stammt aus dem kanonischen Rechte. Im Mittelalter fand sich dort die Sitte, die Verwendung des ganzen Nachlasses oder eines Teiles desselben einem Exekutor zu überlassen, der nach seinem arbitrium zu frommen Zwecken darüber verfügen konnte. Doch ist es nicht angängig, an diesen Einzelfall anzuknüpfen und darauf ein ganzes System aufzubauen,[36]) zumal da offenbar eine Verschmelzung oder Verwechslung des arbitrator mit dem arbiter compromissarius vorliegt.[37])

d.

Die Arbitertheorie ist später auch ganz aufgegeben worden. An ihre Stelle trat die Legatstheorie. Hier weist man dem T.V. eine dem Legator analoge Stellung zu.

Auch diese Lehre geht auf Durandus[38]) zurück und hat ihren Hauptvertreter in Koch[39]) gefunden. Nach des letzteren Definition ist „der Testaments-Vollzieher ein im letzten Willen Onerierter, der in den meisten Fällen zugleich ein Honorierter, also ein Bedachter, dem gleichzeitig wieder eine Last auferlegt wird und dadurch der Charakter eines Fiduziars erhält, sein wird". Nun beschränkt ganz offensichtlich sowohl die Einsetzung eines Legatars wie eines T.Vs. den Erben, aber, der Legatar

---

[32]) Leyser, Meditationes ad pandectas specimen 374 meditatio 8.

[33]) Hellfeld, Iurisprudentia forensis secundum Pand. ordinem proposita § 1503.

[34]) Roßhirt, Über Testamentsexekutoren in Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht. Bd. 1.

[35]) Beseler, Ztschr. S. 171.

[36]) Patzelt, S. 24.

[37]) Beseler, Ztschr. S. 171. Wolff, S. 28.

[38]) Beseler, Ztschr. S. 158.

[39]) Koch, S. 339.

beschränkt den Erben quantitativ, der Exekutor dagegen qualitativ.[40]) Denn dem Legatar ist eigentümlich, daß er eine Zuwendung aus dem Nachlasse erhält, dem T.V. dagegen, daß er gewisse Machtbefugnisse über ihn erhält.[41]) Wenn es nun auch sehr leicht möglich ist und häufig vorkommt, daß der T.V. mit einem Legat bedacht wird, also onerierter und honorierter zugleich ist,[42]) so ist dieses Legat als Geschenk, als besonderes Vermächtnis zu behandeln. Mit dem Institut der T.Vg. als solche hat es nichts zu tun.

Ein Legatar hat Rechte, nämlich ein Recht auf das Vermächtnis, der T.V. dagegen hat in erster Linie Pflichten, und Rechte nur dann, wenn sie notwendige Voraussetzung für die Erfüllung der ersteren sind.

Die Ähnlichkeit des Legats mit der T.Vg. besteht also nur darin, daß beide letztwillige Anordnungen des Erblassers sind. Ihnen stehen aber so viele Verschiedenheiten entgegen, daß eine Anwendung der Lehre von dem Vermächtnisse auf die von der T.Vg. als nicht angebracht erscheinen muß.[43])

Alle Theorien, die wir hier erörtert haben, suchen ein dem römischen Rechte fremdes Institut diesem anzupassen. Der Erfolg ist negativ. Denn keine dieser Lehren ist „genau umfassend und prinzipfest"[44]) ausgebildet. Davon gehen alle aus, daß „das Rechtsverhältnis der Testamentsexekution nicht als ein eigentümliches im System des Rechts anzusehen, sondern analog zu behandeln ist".[45]) Erst in neuerer Zeit hat man angefangen, die T.Vg. als ein Institut sui generis zu behandeln. Den Übergang zwischen beiden Richtungen vermittelt Koch,[46]) der dem T.V. bereits eine ziemlich selbständige Stellung zuerteilt.[47])

---

[40]) Sturm, S. 11.

[41]) Dernburg, P.Pr.R. S. 473.

[42]) Welti, S. 27.

[43]) Dernburg, P.Pr.R. S. 473.

[44]) Roßhirt, S. 228.

[45]) Roßhirt, S. 231.

[46]) Siehe oben S. 27.

[47]) Andrée, S. 18.

§ 6.

a.

Der erste Schriftsteller, der die T.Vg. ausschließlich als ein Institut eigener Art behandelte und zugleich auf den deutschen Ursprung hinwies, war Beseler.[1]) Seine Lehre gipfelt ungefähr in folgenden Sätzen: Im römischen Recht ist der Erbe alleiniger Repräsentant des Erblassers, im deutschen Recht dagegen tritt, „infolge der besonders modifizierten Testierfreiheit des heutigen Rechts“ eine Scheidung in formelle und materielle Repräsentation des Erblassers ein.[2]) Der Erbe bleibt materieller, der Testamentsexekutor wird formeller Repräsentant.

Darnach müßte man dem T.V. über das Vermögen des Erblassers eine dem Widerspruchsrechte des Erben gänzlich entzogene Stellung einräumen, die zwar nicht analog der rechtlichen Stellung des Erben zu beurteilen ist, von der aber auch andrerseits nicht gesagt wird, nach welcher Analogie sie zu beurteilen ist.[3]) Abgesehen hiervon wird sich auch oft schwer eine Grenze zwischen der formellen Repräsentation durch den T.V. und der materiellen durch den Erben feststellen lassen.[4])

Beseler[5]) muß selbst zugeben, daß sein Prinzip „noch ganz allgemein und unbestimmt“ sei und daß vielleicht doch manche Bedenken gegen „die Teilung der Erbengewalt zu sprechen scheinen“. Seine Lehre hat denn auch nur wenig Anhang gefunden.

b.

In der neueren Zeit sieht man in dem T.V. einen Bevollmächtigten. Da man aber im gemeinen Recht teilweise in der Vollmacht einen Vertrag sah, mußte man zu dem Mittel greifen, für die T.Vg. eine Vollmacht zu konstruieren, die als einseitige galt.[6]) Denn daß der Verstorbene mit dem T.V. einen Vertrag eingeht, ist nicht möglich.

---

1) Beseler, Ztschr.
2) Beseler, Ztschr. S. 174. Gengler, § 313 Anm. 7.
3) Windscheid, § 567 Anm. 7.
4) Förster-Eccius, S. 445 ff.
5) Beseler, Ztschr. S. 174.
6) Patzelt, S. 29.

Einfacher ist die Sachlage, wenn man die Vollmacht, ihrem Wesen entsprechend, als ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ansieht.[7] Denn dann geschieht die Übertragung der T.Vg. durch die einseitige letztwillige Erklärung des Erblassers und durch die Annahme der T.Vg. seitens des T.Vs., ohne daß es einer Erklärung des letzteren über die Annahme an den Erblasser bedürfte.

Besteht in dieser Beziehung bei den Anhängern dieser Lehre kein Streit mehr,[8] so ist der Streit darüber, wen der T.V. kraft dieser Vollmacht vertrete, um so größer. Nach der einen Theorie vertritt er den Erblasser, nach der anderen den Erben, nach der dritten den Nachlaß.

Nach der ersten der hier erwähnten Theorien ist der T.V. also Stellvertreter des Erblassers, dessen Willen er zu vollstrecken hat.[9] Hiergegen ist einzuwenden, daß der T.V. zwar den letzten Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen hat, daß dann aber trotzdem keine Stellvertretung vorliegt. Denn davon können wir doch nur sprechen, wenn eine Person eine andere — sei es eine physische, sei es eine juristische — in der Weise vertritt, daß diese zweite Person hierdurch unmittelbar verpflichtet und berechtigt wird.[10] Da nun der Erblasser zu der Zeit, da die T.Vg. in Wirksamkeit tritt, bereits tot ist, ergibt sich mit Notwendigkeit, daß er durch die Handlungen des T.Vs. in keiner Weise vertreten werden kann.

c.

Die Theorie, daß der T.V. den Nachlaß vertritt, wird besonders von Dernburg[11] vertreten. In dem Nachlaß denkt sich Dernburg den Erblasser in gewissem Sinne fortlebend. Hierin schließt er sich auch der Beselerschen Theorie der formellen Repräsentation des Erblassers an.

---

[7]) Dernburg, Pandekten I. S. 278.

[8]) Dernburg, P.Pr.R. S. 473.

[9]) Gengler, S. 725/26. Bluntschli, S. 439.

[10]) Patzelt, S. 29.

[11]) Dernburg, P.Pr.R. S. 474. Dernburg, Pandekten III. S. 252.

Gegen diese Theorie ist zu sagen, daß der Nachlaß als solcher nicht Träger von Rechten sein kann, da er keine juristische Person ist. Auf die allerdings sehr umstrittene Theorie, ob der Nachlaß eine juristische Person sei,[12]) ist hier nicht einzugehen, zumal da dies ja auch von den Anhängern der Nachlaßvertretungstheorie nicht behauptet wird. Auch gibt Dernburg selbst zu,[13]) daß der Nachlaß dem Erben anheimgefallen ist, und daß die Bestandteile des Nachlasses dem Erben gehören. Der Nachlaß ist somit Rechtsobjekt und nicht Rechtssubjekt.

Auch nach Sturm[14]) ist der T.V. Vertreter des Nachlasses. Wir haben es bei der T.Vg. nach ihm mit einem „positiven Institut",[15]) d. h. mit einer „ins Recht gestellten Einrichtung, die weder im Vertragsrecht, im Erbrecht, noch sonst eine Analogie hat, noch eine Erklärung daraus verträgt, sondern auf selbständigen Fundamenten beruht, zu tun". Kraft dieses selbständigen Instituts hat der T.V. das Recht und die Pflicht, den Nachlaß zu vertreten;[16]) ob er sich in seinem Innern als Vertreter des Erblassers fühlt, ist gleichgültig, da das nach außen nicht zur Geltung kommt.[17]) Der T.V. vertritt den Nachlaß nach außen wie ein durch den letzten Willen berufener Güterpfleger, ohne daß jedoch der Nachlaß eine juristische Person sei.[18]) Auch lehnt Sturm die Dernburgsche Fiktion ab, daß der Erblasser im Nachlasse temporär weiterlebe.[19])

Trotzdem läuft die Ansicht Sturms im wesentlichen auf die von Dernburg aufgestellte Theorie hinaus; es gilt daher das darüber Gesagte.

d.

Als letzte der Stellvertretungstheorien haben wir die Theorie der Erbenvertretung zu erwähnen, nach welcher der T.V. als Stellvertreter des Erben handelt. Er handelt im Auftrag des

[12]) Freudenheim, S. 16.
[13]) Dernburg, P.Pr.R. S. 474.
[14]) Sturm, S. 15.
[15]) Sturm, S. 59.
[16]) Sturm, S. 15/37.
[17]) Sturm. S. 21.
[18]) Sturm, S. 27.
[19]) Sturm, S. 37.

Erblassers, aber im Namen (in Stellvertretung) des Erben.[20] Seine Stellung ist somit nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, die Geltung finden, wenn andere Personen die Führung fremder Geschäfte freiwillig übernehmen,[21] fremder Geschäfte, die, wenn kein T.V. eingesetzt wäre, dem Erben zufallen würden.[22]

Ein Stellvertreter wirkt im Interesse des von ihm Vertretenen. Der T.V. müßte also stets die Interessen des Erben wahrnehmen. In Wirklichkeit ist der T.V. aber dazu berufen, die Interessen des Erblassers zu vertreten, häufig sogar gegen den Willen des Erben.

Wenn ferner der T.V. als Vertreter des Erben handeln würde, so würden die von ihm vorgenommenen Handlungen auch für und gegen den Erben direkt und persönlich wirken.[23] So würden Verbindlichkeiten, die der T.V. z. B. zwecks Abwicklung der Erbschaftsregulierung einginge, den Erben belasten. Wenn andrerseits der T.V. etwas erwerben würde, so müßte dies notgedrungen nicht an den Nachlaß, sondern an den Erben fallen.

Und dann wäre ja auch wohl die Macht des Erblassers sehr weit ausgedehnt, wenn man ihm das Recht zugestehen wollte, dem vollständig geschäftsfähigen Erben einen Vertreter zu bestellen, der ohne den Willen des Erben, ja sogar gegen seinen Willen in seine Rechtssphäre eingreifen darf und muß, dem der Erbe nicht einmal die Vertretungsmacht entziehen darf.[24]

Es gibt nun auch noch Schriftsteller, welche in der T.Vg. eine Doppelvertretung sehen. So hat der T.V. nach Lissauer[25] die Interessen des Erblassers zu vertreten, so weit es sich aus dem Testament ergibt, und andrerseits dritten Nachlaßinteressenten gegenüber die Interessen der Erben zu vertreten. Noch weiter

---

[20]) Gerber, § 312 Anm. 7. Randa, S. 79.
[21]) Köppen, S. 584.
[22]) Patzelt, S. 27.
[23]) Dernburg, P.Pr.R. S. 474.
[24]) Welti, S. 30.
[25]) Lissauer, S. 41.

geht anscheinend Rosenthal,[26]) wenn er die Stellung des T.Vs. folgendermaßen definiert: „Die Testaments-Exekution ist eine letztwillig angeordnete Vertretung des Nachlasses, welche sich zugleich als Vertretung des Erblassers gegenüber Erben und Legataren und als notwendige Stellvertretung der Erben gegenüber dritten Nachlaßinteressenten darstellt.“

Gegen diese Theorien kann auf das verwiesen werden, was bei den Theorien über die Einzelvertretung gesagt worden ist.

Außer den hier angeführten Theorien gibt es noch andere, die mit einer oder mehreren der hier angeführten in den Grundsätzen übereinstimmen, in Einzelheiten aber hiervon abweichen. Es würde jedoch zu weit führen, sie alle einzeln zu besprechen.

§ 7.

Wir haben gesehen, daß hinsichtlich der juristischen Konstruktion der T.Vg. keine Übereinstimmung herrschte. „Das Institut ist utilitarisch, aber konstruktiv ohne Präzision, deshalb auch kontrovers“.[1]) Dieselbe Unentschiedenheit zeigte sich auch in der Rechtsprechung. Wir finden Entscheidungen im Sinne fast jeder der hier aufgeführten Theorien.

So finden wir den T.V. als Mandatar des Erblassers erwähnt, gleichzeitig aber auch als Mandatar des Erben.[2])

Gegen die Legatstheorie spricht sich das Reichsgericht insofern aus, als es erklärt, daß die Ernennung zum T.V. an und für sich betrachtet als Vermächtnis nicht aufzufassen ist.[3])

Die Beselersche Theorie der formellen Repräsentation finden wir einmal[4]) gebilligt, indem die Testaments-Exekutoren als vollständige Repräsentanten des Erblassers in Beziehung auf den Nachlaß bezeichnet werden.

Eine andere Entscheidung des Reichsgerichts[5]) sieht in der T.Vg. eine Verwaltung des Nachlasses.

---

[26]) Rosenthal, S. 25.

[1]) Franken, S. 588.

[2]) Seuffert, Archiv VI. 313, X. 392, XX. 231.

[3]) R.G. XVI. 187.

[4]) Seuffert, Archiv XXIII. 372.

[5]) Seuffert, Archiv XII. 91.

Auch als Stellvertreter des Erblassers finden wir den T.V. erwähnt, am häufigsten wird er jedoch als Vertreter des Erben bezeichnet.[6])

Die Unsicherheit auf diesem Rechtsgebiet wird am besten durch folgende[7]) Entscheidung des Reichsgerichts gekennzeichnet:

„Darüber, daß nach gemeinem Recht der T.V. Dritten gegenüber den Nachlaß oder, wenn man will, den Erblasser vertrete, besteht kaum Meinungsverschiedenheit. Mit Recht sagt man aber deshalb auch, daß er in Nachlaßsachen die Testamentserben vertrete, da diese eben von ihrem Erbschaftserwerb an die wirklichen Erben sind.“

Ganz abweichend von den bisher angeführten Reichsgerichtsentscheidungen und ebenso von den Theorien des gemeinen Rechts sagt eine neuere Entscheidung,[8]) daß der T.V. als solcher nicht als Vertreter oder Mandatar des Erblassers oder der Erben anzusehen sei, sondern selbständige Rechte und Pflichten ausübe, welche ihm durch das Testament zwecks Ausführung des letzten Willens übertragen sind.

III.

§ 8.

a.

„Die juristische Konstruktion des Institutes der T.Vg. ist schwierig und in außergewöhnlichem Grade bestritten.“[1]) Diese allgemeine Überzeugung[2]) war der Grund dafür, daß in den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich eingehende Bestimmungen über die Rechtsstellung des T.Vs. aufgenommen worden, „um in ein dunkles Institut Klarheit zu bringen“.[3]) Der T.V. erhielt durch die Bestimmungen des

---

[6]) R.G. XXVIII. 296. Seuffert, A. XXXXVI. 423.
[7]) R.G. IX. 209.
[8]) R.G. XXXII. 153.
[1]) R.G. XXV. 295.
[2]) Motive V. 217.
[3]) Motive V. 236.

Entwurfes nicht nur „eine obligationenrechtliche, sondern auch eine absolute Rechtsstellung“.[4])

Wie wir aus den Motiven[5]) ersehen, enthält sich der Entwurf hinsichtlich der juristischen Konstruktion der T.Vg. „einer prinzipiellen Vorschrift, soweit solche nicht dem § 1903 zu entnehmen sein möchte, und überläßt es der Wissenschaft, aus den aufgestellten Vorschriften das Endergebnis zu ziehen“.

Der eben erwähnte § 1903 des Entwurfes aber lautet:

> „Zur Erhebung eines Rechtsstreits, in welchem ein zum Nachlasse gehörendes Recht geltend gemacht wird, ist, so lange das Verfügungsrecht des Erben über das Recht nach dem § 1901 ausgeschlossen ist, nur der T.V. als gesetzlicher Vertreter des Erben berechtigt.“

In diesem Paragraphen wird also der Erbe geradezu als gesetzlicher Vertreter des Erben bezeichnet, wenn auch nur auf prozessualem Gebiete.

In gleicher Weise sprechen sich die Motive[6]) aus, wenn sie den T.V. als einen „vom Erblasser bestimmten, dem Erben auferlegten Vertreter“ ansehen, oder wenn sie ihn[7]) als „gesetzlichen Vertreter des Erben bezw. des Miterben“ bezeichnen. Es besteht[8]) eine Vertretungsmacht des Vollstreckers in Ansehung des Erben“, wenn[9]) diese auch „dem Erben vom Erblasser aufgedrängt worden ist“.

Der Entwurf ging also damit, daß er den T.V. als gesetzlichen Vertreter des Erben bezeichnete, noch weit über die Theorien des gemeinen Rechtes hinaus. Er fand daher auch nur wenig Beifall, dagegen umsomehr Anfeindung.[10])

Eingehend beschäftigte sich mit dieser Frage der 21. deutsche Juristentag. Hier wurde fast einstimmig folgender Antrag angenommen:[11])

---

[4]) Gierke, Entwurf 520.
[5]) Motive V. 217.
[6]) Motive V. 235.
[7]) Motive V. 236/229.
[8]) Motive V. 232.
[9]) Motive V. 234.
[10]) Gierke, Entwurf.
[11]) Verhandlung, I. 3—54, III. 223—259.

„Die vom Entwurfe des B.G.B. angenommene Stellung des T.Vs. ist nicht zu billigen. Bei der Umarbeitung ist von folgenden Gesichtspunkten auszugehen: Der T.V. ist nicht als „gesetzlicher Vertreter des Erben" zu behandeln, vielmehr ist ihm auf Grund einer den Erben gegenüber selbständigen Vollmacht eine freiere und unabhängigere Stellung einzuräumen."

Diesen Anregungen ist es zuzuschreiben, daß das B.G.B. keine Bestimmungen über die Rechtsstellung des T.Vs. enthält, sondern die Regelung dieser Frage der Wissenschaft überläßt.

b.

Das B.G.B. regelt die T.Vg. in den §§ 2197—2228. In den §§ 2203—06 gibt es den gesetzlichen Normaltypus für den T.V. Dieser tritt also dann ein, wenn der Erblasser schlechthin einen T.V. ernannt hat. Der Erblasser hat die Möglichkeit, die Befugnisse des T.Vs. einzuschränken (2208), oder zu erweitern, letzteres jedoch nur in bestimmten Grenzen (§ 2220). Wir haben es in folgendem nur mit dem Normalfall des T.V. zu tun.

c.

Das B.G.B. spricht in den §§ 2202, 2221, 2224 ff. von dem „Amte" des T.Vs. Mit „Amt" ist kein Amt im Sinne des öffentlichen Rechts gemeint,[12]) sondern ein zivilrechtliches, denn das erstere dient dem öffentlichen Interesse, während das Amt des T.Vs. nur dem Privatwillen des Erblassers entspringt. „Amt" bedeutet „eine dauernde Vertretung fremder Interessen",[13]) es soll damit gesagt werden, daß der T.V. Rechte und Pflichten hat.

Mit dem Worte „Amt" ist noch nicht die Rechtsstellung des T.Vs. im B.G.B. geregelt. Zwar finden wir in der Literatur[14]) die Ansicht vertreten, daß infolge der Amtsbezeichnung der T.Vg. jeder Streit über die rechtliche Natur dieses Institutes

[12]) Endemann, S. 220.
[13]) Motive V. 219.
[14]) Frommhold, Anm. 1 zu § 2202. Markus, S. 57.

fortfallen müsse, aber wir sind weit davon entfernt. Es muß zwar zugegeben werden, daß durch die genaue Regelung der Befugnisse Rechte und Pflichten des T.Vs. im B.G.B. für die Entwicklung der Theorien, wie wir sie im gemeinen Rechte finden, nicht mehr so viel Spielraum geboten wird wie früher, dennoch aber sehen wir auch jetzt wieder dem T.V. die verschiedensten Rechtsstellungen zugeschrieben.

§ 9.

a.

Wie bereits erwähnt, überläßt es der Entwurf der Wissenschaft, aus den aufgestellten Grundsätzen das Endergebnis zu ziehen. Praktisch ist die Entscheidung der Frage, welches die Rechtsstellung des T.Vs. ist, von größter Bedeutung.[1] Da nun auch das B.G.B. einerseits diese Entscheidung nicht getroffen hat, andererseits aber das Institut der T.Vg. eingehend geregelt hat, soll es unsere Aufgabe sein, aus den dem T.V. zustehenden Rechten und ihm auferlegten Pflichten die ihm durch das Gesetz zuerteilte Rechtsstellung zu bestimmen. Vergleichsweise wollen wir hierbei die gemeinrechtlichen Theorien außer den über die Rechtsstellung des T.Vs. im B.G.B. aufgestellten besprechen.

Die erste der von uns erwähnten war die sogenannte Vormundschaftstheorie. Aus gewissen, später noch zu erwähnenden Gründen wollen wir diese Theorie vorläufig noch unberücksichtigt lassen.

Wir wollen zunächst untersuchen, ob nach dem B.G.B. die Grundsätze des Auftrages auf die T.Vg. Anwendung finden können. Das Gesetz scheint auf den ersten Blick uns hierfür in dem § 2218 eine Handhabe geben zu wollen. Hier wird nämlich bestimmt: „Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem T.V. und dem Erben finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664, 666 bis 668, 670, des § 673 Satz 2 und des § 674 entsprechende Anwendung.“ Sturm sieht hierin einen bedauerlichen Rückfall in die Mandatstheorie des gemeinen

---

[1]) Verhandlungen, III. S. 238.

Rechts.[2]) Denn, „obwohl nicht eine Rechtsidee des Auftrags dem Verhältnis zwischen Eigentümer und ernanntem T.V. entspricht, dulden die Protokolle doch die Analogie mit dem Vertrage des Auftrags.“[3]) Nun verlangt aber das Gesetz nicht die Anwendung sämtlicher Vorschriften über den Auftrag auf die T.Vg., sondern nur derjenigen, die der T.Vg. entsprechen. Nur soweit die beiden Institute gemeinsames haben, sollen die Bestimmungen des einen auf das andere Anwendung finden.[4]) Wenn Sturm sagt, die Bezugnahme auf den Auftrag sei inkonsequent,[5]) da die Hauptnormen nicht passen, so finden wir gerade darin einen Beweis dafür, daß das Gesetzbuch die T.Vg. nicht als Auftrag behandelt wissen will.

Im § 665 B.G.G., also einem derjenigen Auftragsparagraphen, der auf die T.Vg. keine Anwendung findet, wird dem Beauftragten gestattet, von den Weisungen seines Auftraggebers unter bestimmten Voraussetzungen abzuweichen. Er hat jedoch davon dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Vergleichen wir hiermit die Befugnisse des T.Vs. Hier bestimmt § 2204 Abs. 2, daß der T.V. die Erben über den Auseinandersetzungsplan vor der Ausführung zu hören hat. Also nur „hören“ soll er sie, soll gewissermaßen ihre Meinung über die Auseinandersetzung zur Kenntnis nehmen. Hierzu ist er verpflichtet, nicht aber dazu, die Ausführung des Auseinandersetzungsplanes so lange auszusetzen, bis über einen Widerspruch des Erben rechtskräftig entschieden worden ist.

Geht der T.V., wozu er berechtigt ist, Verbindlichkeiten für den Nachlaß ein (§ 2206 Abs. 1), so ist der Erbe verpflichtet, seine Einwilligung dazu zu geben (§ 2206 Abs. 2). Falls der T.V. Verfügungen des Erblassers nicht selbst zur Ausführung bringen kann, kann er dies von dem Erben verlangen (§ 2208 Abs. 2).

---

[2]) Sturm, S. 85.
[3]) Sturm, S. 87.
[4]) Strohal, S. 162 Anm. 24.
[5]) Sturm, S. 87.

Aus der Gegenüberstellung dieser Paragraphen ergibt sich, daß die T.Vg. keineswegs unter den Begriff des Auftrages fallen kann. Denn dem T.V. steht ein freies, umfassendes Verfügungsrecht zu, daß auch gegen den Erben geltend gemacht werden kann.

Sturm steht daher mit seiner Befürchtung auch allein da. Anhänger hat die Mandatstheorie in der Literatur über die Rechtsstellung des T.Vs. im B.G.B. nicht gefunden. Dasselbe gilt von der Arbiter- oder Schiedsrichtertheorie.

b.

Die grundlegenden Bestimmungen über den Schiedsrichter finden wir nicht im B.G.B., sondern in der Z.P.O. §§ 1025 bis 1048. Der § 1025 Z.P.O. bestimmt: „Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen.“ Daß dieser Paragraph auf die T.Vg. keine Anwendung finden kann, ergibt sich schon daraus, daß hier von einer Vereinbarung der Parteien nicht die Rede sein kann. Denn die Erben, als die eine Partei, werden von dem Erblasser — der anderen Partei — nicht gefragt, ob sie mit der Einsetzung des T.Vs. einverstanden sind. Sie werden auch nicht gefragt, ob sie sich dem Spruche des T.Vs. fügen wollen. Denn sobald dieser sein Amt angenommen hat (§ 2202 B.G.B.), hat er die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 B.G.B.), den Nachlaß zu verwalten (§ 2205 B.G.B.) und insbesondere die Auseinandersetzung unter den Erben zu bewirken (§ 2204 B.G.B.). Von einer freiwilligen Unterwerfung unter den Spruch des T.Vs. kann also nicht die Rede sein.

Ferner kann sich die Vereinbarung der Parteien nur darauf beziehen, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch den Schiedsrichter erfolgen solle. Der T.V. tritt dagegen in Tätigkeit, ohne daß eine Rechtsstreitigkeit zwischen den Parteien vorzuliegen braucht.

Nun wäre wohl in unserem Falle ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten möglich, da er sich ja auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten bezieht (§ 1026 Z.P.O.). Aber dieser Rechtsstreit muß zwischen den Parteien bestehen, also dem Erben und dem Erblasser. Da nun der T.V. erst nach dem Tode des Erblassers sein Amt antritt, kann er nicht Schiedsrichter werden bei Rechtsstreitigkeiten, die nicht entstehen können, da der Erblasser nicht mehr am Leben ist.

Nun bestimmt der § 1048 Z.P.O., daß auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, die Bestimmungen über das schiedsrichterliche Verfahren entsprechende Anwendung finden. Wenn also die Bestimmungen des 10. Buches der Z.P.O. auf die T.Vg. Anwendung finden sollten, so dürfte auch der im Testament ernannte T.V. nur beim Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit zwischen dem Erblasser und dem Erben sein Amt antreten. Das dies aber nicht der Fall ist, ist bereits oben erwähnt.

Somit sehen wir, daß die T.Vg. auch nicht unter den Begriff des schiedsrichterlichen Verfahrens zu bringen ist.

c.

Wir gehen zu der Vermächtnistheorie über. Ein Vermächtnis besteht nach § 1939 B.G.B. in der Zuwendung eines Vermögensvorteiles seitens des Erblassers an einen anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen. Der Bedachte erhält dadurch das Recht, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern (§ 2174). Dem Erben wird also durch das Vermächtnis eine Verpflichtung auferlegt. Wird dagegen durch das Testament ein T.V. eingesetzt, so wird dem Erben keinerlei Verbindlichkeit auferlegt. Freilich wird er sehr eingeschränkt, indem die meisten Rechte, die er sonst, eben als Erbe, haben würde, jetzt dem T.V. zufallen, aber die T.Vg. tritt ohne sein Zutun, ohne seine Zustimmung, ja sogar gegen seinen Willen in Wirksamkeit.

Der T.V. kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen, soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat. Daraus darf man aber nicht schließen, daß ihm dadurch eine Stellung zugewiesen wird, die der eines Vermächtnisnehmers ähnelt oder ihr gar gleichkommt. Denn der Vermächtnisnehmer ist in erster Linie berechtigt, der T.V. dagegen ist verpflichtet, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen (§ 2203). Wenn er nun berechtigt ist, für seine Mühen eine Vergütung zu verlangen, so ist dies also gewissermaßen nur eine Entschädigung für seine im Interesse des Erblassers vorgenommene Arbeit. Meist wird ja wohl der Erblasser dann einen T.V. einsetzen, wenn die Abwicklung der Erbauseinandersetzung voraussichtlich schwierig ist, insbesondere also bei größerem Vermögen, und ferner dann, wenn er den Erben dieses Geschäft nicht übertragen will, sei es, daß er ihnen, vielleicht wegen zu großer Jugend, die dazu erforderliche Geschäftserfahrung nicht zutraut, sei es, daß er ihnen vielleicht überhaupt mißtraut. Es entspricht also nur der Billigkeit, wenn der T.V. außer dem Ersatz seiner Auslagen (§ 2218 in Verbindung mit § 670) eine dem Umfange seiner Tätigkeit angemessene Vergütung verlangen kann.

Aber selbst dieses Recht auf eine Vergütung kann dem T.V. noch entzogen werden, da es dem Erblasser freisteht (§ 2221), eine anderweitige Bestimmung zu treffen, sei es, daß er eine Vergütung ganz ausschließt oder sie anderweitig festsetzt.

Das B.G.B. hat sich also, wie wir sehen, keiner der hier angeführten gemeinrechtlichen Theorien, die die T.Vg. nach Analogie eines römisch-rechtlichen Institutes behandelt wissen wollten, angeschlossen. Es ist denn in der Literatur auch nicht der Versuch gemacht worden, diese Theorien aufrecht zu erhalten oder, richtiger gesagt, neu zu begründen.

§ 10.

a.

In der Frage, welche Rechtsstellung der T.V. nach dem B.G.B. hat, haben wir in der Literatur zwei verschiedene Theorien zu unterscheiden. Nach der einen Theorie hat der

T.V. seine Macht zu eigenem Rechte, nach der anderen handelt er als Stellvertreter. Darüber, wen der T.V. vertritt, herrscht wiederum Streit, nämlich ob er den Erblasser, den Erben oder den Nachlaß vertritt, ob er als gesetzlicher oder als gewillkürter Vertreter handelt.

Da wir die Stellvertretungstheorie bereits im gemeinen Rechte vorfinden, wollen wir uns zunächst eingehend mit ihr beschäftigen und dabei auch die Beselersche Theorie der formellen Repräsentation des Erblassers durch den T.V. und die Vormundschaftstheorie erörtern.

Wenn die verschiedenen Vertretertheorien im gemeinen Rechte zu keinem befriedigenden Resultate kamen, so lag dies hauptsächlich daran,[1]) daß man sich nur mit der Frage beschäftigte, wen der T.V. vertrete, daß man jedoch die Frage, welche Merkmale zu dem Begriffe der Stellvertretung gehören, unberücksichtigt ließ. Man nahm es als selbstverständlich an, daß eine Vertretung gegeben sei, konnte sich jedoch darüber nicht einigen, wer das vertretene Rechtssubjekt sei.

Wir werden uns daher zunächst mit dem Begriffe der Stellvertretung befassen müssen.

Der § 164 Abs. 1 B.G.B. bestimmt: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen der Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll.“ Bei der Vertretung selbst haben wir zwei Fälle zu unterscheiden, die Vollmacht und die gesetzliche Vertretung. Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 1), d. h. „die durch Rechtsgeschäft von jemand erteilte Macht, in dessen Namen Rechtshandlungen vorzunehmen“.[2]) Hinsichtlich der gesetzlichen Vertretung gibt das B.G.B. keine Definition, obwohl der Ausdruck „gesetzlicher Vertreter“ selbst im B.G.B. vorkommt.

---

[1]) Fischer, P.Pr.R. S. 676.
[2]) R.G. LXII. 275.

Was haben wir nun unter dem gesetzlichen Vertreter zu verstehen? Das Reichsgericht[3]) bezeichnet den als gesetzlichen Vertreter, der zur Vertretung durch das Gesetz berufen ist, sei es unmittelbar, sei es durch Bestellung des Gerichts, während derjenige kein gesetzlicher Vertreter sei, dessen Berufung auf dem Willensakte einer Privatperson beruht, gleichviel ob der Umfang seiner Befugnisse gesetzlich fixiert ist oder nicht. In dieser Entscheidung ist jedoch der Begriff des gesetzlichen Vertreters zu eng gefaßt,[4]) denn wir müßten dann noch eine dritte Gruppe von Vertretern annehmen. Wie wir aber bereits gesehen haben, haben wir es nur mit zwei Arten der Vertretungsmacht zu tun, nämlich mit dem Vertreter, der die Vertretungsmacht durch den Willen des von ihm Vertretenen, also durch Vollmacht erhalten hat, und mit dem, der sie wo anders her hat. Letzterer wird eben gesetzlicher Vertreter genannt. Der Name ist nicht glücklich gewählt, denn das wesentlichste Merkmal ist doch, daß der „gesetzliche Vertreter seine Vertretungsmacht unabhängig von dem Willen des durch ihn Vertretenen besitzt, daß er dem Vertretenen aufgezwungen, oktroyiert worden ist".[5]) Woher der gesetzliche Vertreter seine Macht hat, sagt der Begriff nicht. Wenn wir also von einem gesetzlichen Vertreter sprechen, so meinen wir einen Vertreter, dessen Vertretungsmacht vom Willen des Vertretenen unabhängig ist.[6])

b.

Daß der erste Entwurf des B.G.B. den T.V. als gesetzlichen Vertreter des Erben hinstellte und daß sich dagegen lebhafter Widerspruch erhob, ist bereits oben gesagt worden. Die Protokolle der zweiten Kommission bekunden ausdrücklich, daß der T.V. nicht Vertreter des Erben sei und erklären, daß der Vollstrecker nach der Willensmeinung des Testators so handeln solle, wie ein verständiger, gewissenhafter Erbe im gegebenen

---

[3]) Seuffert, Archiv XLIII. 30.
[4]) Siegert, S. 19.
[5]) Siegert, S. 19.
[6]) Mäder, S. 19. Siegert, S. 19. Welti, S. 34.

Falle handeln würde.[7]) Der T.V. soll also selbständig handeln, da sein Recht ein selbständiges sei. Trotzdem finden wir in der Literatur, wie noch anzuführen sein wird, den T.V. wieder als gesetzlichen Vertreter des Erben bezeichnet.

Nach unserer oben gegebenen Definition der gesetzlichen Stellvertretung liegt eine solche nicht nur dann vor, wenn sie durch das Gesetz, sondern überhaupt von irgend einer Seite, außer von dem Vertretenen bestellt wird. Bei der T.Vg. wird unzweifelhaft nicht der Wille des Erben, sondern der des Erblassers die Bestellung eines T.Vs. verlangen.

Für die Annahme der Vertretung des Erben durch den T.V. würde sprechen, daß letzterer fremdes Vermögen verwaltet. Denn das ist unbestritten, daß mit dem Todesfalle des Erblassers der Nachlaß in das Eigentum des Erben übergeht. Durch die Einsetzung des T.Vs. übt dieser Rechte an dem Nachlasse aus, die sonst dem Erben zukommen. Über einen Nachlaßgegenstand, welcher dem Verwaltungsrecht des T.Vs. unterliegt, kann der Erbe nicht verfügen (§ 2211 Abs. 1). Geht der T.V. in seiner Eigenschaft als solcher Verbindlichkeiten ein, so muß der Erbe seine Einwilligung hierzu geben (§ 2206). Der T.V. verpflichtet hierdurch nicht sich selbst, sondern den Erben als Eigentümer des Nachlasses. Hieraus wird nun der Schluß gezogen, daß der T.V. Vertreter des Erben sein müsse.[8])

Ist der T.V. Vertreter des Erben, dann sind alle Rechtsgeschäfte, die er kraft seines Amtes vornimmt, gleichzeitig Rechtsgeschäfte des von ihm Vertretenen, also des Erben, und nur insoweit dem Erben selbst Rechte zustehen, könnte man den T.V. als seinen Vertreter ansehen.[9])

Der Erbe verliert mit dem Amtsantritt des T.Vs. außer seinem Verwaltungsrecht an dem Nachlaß auch sein Verfügungsrecht daran. Hinsichtlich der Prozeßführung bestimmt der § 2212, daß ein der Verwaltung des T.Vs. unterliegendes Recht nur von dem T.V. gerichtlich geltend gemacht werden

---

[7]) Protokolle S. 7097.

[8]) Staudinger, S. 441.

[9]) Daege, S. 51.

kann. Der Erbe bleibt aber weiter berechtigt, die Rechte, um die es sich bei der Verwaltung handelt, „stehen ihm subjektiv zu".[10]) Er verliert nicht seine Handlungsfähigkeit oder seine Prozeßfähigkeit. Letzteres ergibt sich aus § 2213 Abs. 1 S. 1 und 2, wonach ein gegen den Nachlaß gerichteter Anspruch sowohl gegen den Erben als auch gegen den T.V. gerichtlich geltend gemacht werden kann, in dem Falle, daß dem T.V. nicht die Verwaltung zusteht, nur gegen den Erben. Aber der T.V. macht Rechte geltend, die dem Erben fehlen; und in Rechten, die man nicht hat, kann man nicht vertreten werden.

Nach § 1958 kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, vor Annahme der Erbschaft nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden. Diese Bestimmung findet jedoch keine Anwendung auf den T.V. (§ 2213 Abs. 2). Wenn der T.V. Vertreter des Erben wäre, so müßte doch wohl für den Vertreter wie für den Vertretenen dieselbe Bestimmung gelten.

Wäre der T.V. Vertreter des Erben, so müßten seine Handlungen unmittelbar für und gegen den Erben wirken. Wenn also der T.V. nach § 2206 Abs. 1 Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingeht, so müßte der Erbe diese gegen sich gelten lassen und könnte nicht die sich aus den §§ 1967 ff., §§ 2058 ff. ergebenden Beschränkungen seiner Haftung geltend machen. Der § 2206 Abs. 2 aber gewährt dem Erben durch positive Bestimmung dieses Recht.

Der § 327 Z.P.O. bestimmt, daß ein Urteil, das zwischen einem T.V. und einem Dritten über ein der Verwaltung des T.Vs. unterliegendes Recht ergeht, für und gegen den Erben wirkt. Wäre der T.V. Vertreter des Erben, so wäre diese Bestimmung überflüssig, da der Erbe dann selbst Partei wäre, und das Urteil somit nach dem Satze: „res iudicata ius facit inter partes" schon ipso iure gegen und für ihn wirken würde.[11]) Es geht also daraus hervor, daß das Gesetz die Vertretung des Erben durch den T.V. ablehnt.

---

[10]) Daege, S. 52.

[11]) Schultze, B.G.B. S. 69.

Überhaupt zeigt sich gerade für die Prozeßgestaltung die Unhaltbarkeit der Erbenvertretungstheorie. Nehmen wir an, der T.V. klagt gegen einen Nachlaßschuldner. Dann könnte der Beklagte die Frage aufwerfen, ob der, den der T.V. als Kläger bezeichne, auch wirklich der Erbe sei. Wenn ferner der Erbe im Laufe des Rechtsstreites wegfällt, z. B. wegen Ausschlagung oder Erbunwürdigkeitserklärung, müßte die Klage wegen mangelnder Sachlegitimation abgewiesen werden.[12]) Denn weder ist die Aufnahme des Prozesses durch einen anderen Erben im Sinne der § 239 ff. Z.P.O. noch die Einflußlosigkeit jener Veränderung auf den Fortgang des Prozesses im Sinne des § 265 Z.P.O. gewährleistet.

Wenn ferner der T.V. gesetzlicher Vertreter des Erben wäre, müßte letzterer nach § 278 ein Verschulden des T.Vs. in gleichem Umfange vertreten wie sein eigenes Verschulden.

Schon bei der Erörterung des ersten Entwurfes ist darauf aufmerksam gemacht worden,[13]) daß der T.V. sehr leicht in die Lage kommen könnte, gegen den Erben gerichtliche Klage zu erheben. In diesem Falle stände dann der T.V. als Vertreter dem Erben als Vertretenen gegenüber.[14]) Daß der T.V. gegen den Erben Prozesse führen kann, wird nicht bestritten, nur wie man sich den Prozeß zwischen beiden Personen denken soll, darüber herrscht bei den Anhängern dieser Theorie keine Einigkeit. Einige[15]) schweigen hierüber vollständig, andere suchen diese Möglichkeit zu beweisen. So gibt Brettner[16]) zu, daß grundsätzlich ein Rechtsstreit zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen nicht stattfinden kann, behauptet aber, daß dies bei der T.V. möglich wäre! Eine Begründung hierfür gibt er nicht, sie wäre denn darin zu finden, daß er den T.V. als „gesetzlichen Vertreter des Erben mit bestimmten Besonderheiten" bezeichnet.[17])

---

[12]) Schultze, B.G.B. S. 68.
[13]) Verhandlungen I. S. 9 ff.
[14]) Siegert, S. 20.
[15]) z. B. Cosack, Enneccerus-Lehmann.
[16]) Brettner, S. 230.
[17]) Brettner, S. 227, 229.

Wo bleibt dann aber die Grenze für die Besonderheiten?

Noch weiter gehen Weißler[18]) und Herzfelder,[19]) die dem T.V. gewissermaßen eine Doppelstellung einräumen. Soweit der Vollstrecker den Nachlaß verwalte, handle er als gesetzlicher Vertreter, in allen übrigen Fällen handle er kraft seines Amtes. Es ist nun schwer, sich ein Rechtsgebilde vorzustellen, das bald als Vertreter, bald als amtliches Organ auftritt. Und wenn man gerade in den Fällen, in denen der T.V. als gesetzlicher Vertreter der Konstruktion Schwierigkeit macht, den Vertreterbegriff einfach wegfallen läßt, ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Theorie schon von selbst.

Eine andere Gruppe der Anhänger der Theorie, daß die Rechtsstellung des T.Vs. auf eine gesetzliche Vertretung des Erben sich gründe, wendet sich gegen die Parteistellung des T.Vs. und sucht zu beweisen, daß der T.V. nicht in eigenem Namen handle. Daraus würde sich dann ergeben, daß er in fremdem Namen, mithin als Vertreter handeln müsse.[20])

So entwickelt Petersen,[21]) um dies zu beweisen, zunächst den Parteibegriff und fährt dann fort: „Dagegen kommt die Parteieigenschaft in keinem Falle solchen Personen zu, welche nicht in eigenem Namen handeln und nicht ihre eigenen Interessen wahrnehmen. Insbesondere sind Parteien nicht die Verwalter von fremden Vermögen, deren Verwaltungsbefugnis auf dem Gesetz oder auf einem obrigkeitlichen Auftrage beruht.“ Er sagt, Partei sei nur der, der im eigenen Namen und für eigene Rechnung und Gefahr handle. Nun handle aber der T.V. — als Verwalter eines fremden Vermögens — nicht in eigenem Namen und nicht für eigene Rechnung und Gefahr, mithin sei er nicht Partei. Petersen beweist also nicht, weshalb der T.V. in fremdem Namen handle, sondern nimmt das als ganz selbstverständlich an und beweist das Selbstverständliche, daß ein Vertreter nicht Partei sei kann. Nun haben wir aber gesehen,

---

[18]) Weißler, S. 179.

[19]) Staudinger, S. 442 ff.

[20]) Siegert, S. 20.

[21]) Petersen, S. 15 ff.

daß Prozesse zwischen dem T.V. und dem Erben möglich sind. Weil aber nun ein Prozeß zwischen ein und derselben Person unmöglich ist, muß der T.V. notwendigerweise im eigenen Namen, mithin als Partei auftreten.

Wenn in der Literatur in diesem Zusammenhange von dem T.V. als Vertreter des Erben gesprochen wird, so ergibt sich aus der Natur der Sache, daß es sich nur um den gesetzlichen Vertreter handeln kann. Denn sonst hätten wir es mit einem Bevollmächtigten zu tun, der seine Vertretungsmacht von dem Erben her hat. Das ist aber nicht der Fall, da der T.V. häufig gegen den Willen des Erben sein Amt verwaltet. Anzunehmen, der T.V. habe seine Rechte, weil der Erbe es wolle, insofern wolle, als er das Testament und damit auch die Stellung des T.Vs. anerkenne, ist nicht richtig. Denn der Erbe erhält den Nachlaß nur unter dieser Bedingung; seine Beschränkung ist also eine notwendige, von seinem Willen unabhängige.[22])

Ferner hätte dann der Erbe das Recht, die Vollmacht zu widerrufen (§ 168 B.G.B) und somit jedes Handeln des T.Vs. zu vereiteln. Das widerspricht aber dem Wesen der T.Vg. durchaus.

Wir kommen also zu dem zwingenden Schlusse, daß der T.V. kein Vertreter des Erben, weder ein gesetzlicher noch ein gewillkürter sein kann.

Zu den gesetzlichen Vertretern gehört auch der Vormund (§ 113 Abs. 3). Wir brauchen daher nicht besonders auf die gemeinrechtliche Theorie einzugehen, sondern können auf das verweisen, was wir über die Vertretung des Erben durch den T.V. gesagt haben.

c.

Wir wenden uns der zweiten Vertretungstheorie zu, welche lehrt, daß der T.V. den Erblasser vertrete. Hiergegen ist zu sagen, daß der T.V. nicht Vertreter des Erblassers im technischen Sinne sein kann, „da sein Prinzipal nicht mehr auf Erden weilt".[23]) Denn wie sollte die vom T.V. abgegebene Willens-

[22]) Brettner, S. 229.
[23]) Gierke in Verhandlungen III. S. 226.

erklärung für und gegen den Erblasser, der doch nicht mehr am Leben ist, wirken! Zwar im germanischen Rechte haben wir gesehen, daß der Tote auch nach seinem Tode in gewissem Sinne als fortlebend gedacht wurde, aber die moderne Anschauung kennt eine derartige Auffassung nicht mehr.

Trotzdem hat auch diese Lehre Anhänger gefunden. So sagt Rüger, daß man in dem T.V. den Vertreter des Erblassers zu erblicken habe,[24]) daß er ein Willensorgan des souveränen Erblassers sei.[25]) „Des Erblassers Wille wird also fortlebend gedacht und das von seinen Vorschriften allein abhängige Organ seines Willens ist eben der T.V.“[26])

Mit Einschränkungen nimmt auch Meischeider[27]) eine Vertretung des Erblassers durch den T.V. insofern an, „als für die Zwecke der T.Vg. der Nachlaß ein für sich bestehendes, von dem Vermögen des Erben noch ungetrenntes Vermögen ist und so lange bleibt, als die T.Vg. dauert“. Hierin findet er „das, was Beseler die formelle Repräsentation des Erblassers durch den T.V. im Gegensatze zu der materiellen durch den Erben nennt“. Aber selbst mit diesen Einschränkungen ist die Lehre von der Vertretung des Erblassers durch den T.V. nicht annehmbar.

d.

Eine dritte Theorie[28]) hält den T.V. für den Vertreter des Nachlasses. Eine solche Vertretung läßt sich aber nur dann denken, wenn wir den Nachlaß als juristische Person auffassen. Dies nimmt Kohler[29]) an. Er sagt, der T.V. handle für einen Dritten und dieser Dritte sei eine der stillschweigenden juristischen Persönlichkeiten des B.G.B., nämlich der Nachlaß. Er übersieht dabei aber, daß der Nachlaß im Eigentum des Erben ist, daß er also nicht Subjekt, sondern nur Objekt sein kann.

---

[24]) Rüger, S. 469.
[25]) Rüger, S. 463.
[26]) Rüger, S. 469.
[27]) Meischeider, S. 464.
[28]) Z. B. Neumann, I. S. 571.
[29]) Kohler, B.G.B., S. 751.

Kohlers Ansicht über die juristische Persönlichkeit des Nachlasses erhellt aber aus folgendem. Er sagt, die Lehre von den juristischen Personen im B.G.B. sei nicht vollständig erledigt worden und fährt dann[30]) fort: „Aber auch was die privatrechtlichen juristischen Personen betrifft, so muß zwischen den ausdrücklichen und stillschweigenden unterschieden werden, denn das B.G.B. hat eine Reihe von Fällen, wo konstruktiv eine juristische Person angenommen werden muß, ohne daß ausdrücklich von einer solchen die Rede ist. So z. B. eine Sammlung zugunsten eines bestimmten Zweckes, so beim Nachlaß, der in Nachlaßverwaltung steht usw." Was aber die ausdrücklichen juristischen Personen betrifft, so unterscheidet das B.G.B. Vereine und Stiftungen. Wir haben also nach Kohler ausdrückliche und stillschweigende privatrechtliche juristische Personen. Die ausdrücklichen sind Vereine und Stiftungen, sie allein finden wir im B.G.B. Die stillschweigenden aber finden wir nirgends. Und hinein korrigieren in das Gesetz können wir sie doch nicht.

Andere Anhänger dieser Lehre lehnen es ausdrücklich ab, den Nachlaß als juristische Person aufzufassen, sehen aber trotzdem in dem T.V. den Vertreter des Nachlasses. So sieht Hellwig[31]) und ihm folgend Daege[32]) in dem Nachlaß ein selbständiges Sondervermögen. Sie verkennen durchaus nicht, daß der Nachlaß im Eigentum des Erben steht, somit von einer juristischen Person nicht die Rede sein kann, meinen aber, daß der Erbe als Subjekt des Nachlasses so gut wie gar nicht in Betracht käme. Nun ist zuzugeben, daß eine Sonderbehandlung des Nachlasses gegenüber dem freien Vermögen des Erben stattfindet. Wir haben aber gesehen, daß nur eine juristische oder physische Person vertreten werden kann. Wenn nun also dem Nachlaß als Sondervermögen die Eigenschaft einer juristischen Person nicht zuerkannt wird, so kann ihr doch auch nicht eine Vertretung zugebilligt werden. Es geht doch sicherlich zu weit, wenn Daege[33]) sagt: „Was hindert denn den Gesetzgeber auch,

[30]) Kohler, B.G.B. S. 574.
[31]) Hellwig, S. 74.
[32]) Daege, S. 59.
[33]) Daege, S. 61.

einem Rechtsgebilde, das nicht juristische Person ist, doch die Eigenschaften einer solchen beizulegen. Es ist nur anerkennenswert, wenn er sich nicht durch theoretisierende Erwägungen bestimmen läßt, sondern dem natürlichen Empfinden und Bedürfnis des Rechtslebens Rechnung trägt." Woraus folgert er denn aber, daß wirklich ein Bedürfnis vorliegt, dem Nachlaß nicht die Eigenschaft einer juristischen Person zuzuerkennen, ihn aber doch wie eine juristische Person zu behandeln? Und ob dem „natürlichen Empfinden" seine Theorie entspricht, ist auch noch zweifelhaft, zum mindesten werden wir weiter oben sehen, daß wir auch ohne eine solche gezwungene Konstruktion auskommen können.

Bereits bei der Besprechung der gemeinrechtlichen Theorie der Nachlaßvertretung sind wir auf die Ansicht Sturms eingegangen. Wir müssen seine Lehre, da er sie auch für das B.G.B. aufrecht hält, hier nochmals erörtern. Sturm sagt,[34]) der T.V. sei kein Vertreter eines Lebenden, sondern vollziehe den Willen eines Toten, den niemand vertreten könne. „Hier (bei der T.Vg.) würde der Testator vertreten, wenn es eine Vertretung eines Verstorbenen im Rechte geben könnte." Da dies nicht der Fall sei und im Sinne des Verstorbenen für den Nachlaß desselben gesorgt werde, während die Erben nicht nur vertreten, sondern beherrscht würden, so sei eben Vertretung des Nachlasses das allein alle Schwierigkeiten lösende Wort, das nicht mit römischer Stellvertretung verwechselt werden sollte, denn „wir haben ein germanisches Treurecht vor uns, das keine römische Analogie verträgt".[35]) Den Gedanken, daß der Nachlaß eine juristische Person, eine hereditas iacens, sei, lehnt er ganz entschieden ab.[36]) Er muß daher auch zugeben, daß eine Vertretung nicht möglich ist. Trotzdem sagt[37]) er: „Die Vertretung des Nachlasses steht als solche klar im Gesetzbuch." Er fährt aber gleich darauf folgendermaßen fort: „Der Vollstrecker

[34]) Sturm, S. 73.
[35]) Sturm, S. 18.
[36]) Sturm, S. 22.
[37]) Sturm, S. 60.

ist danach kein Vertreter" und bald darauf: „Er vertritt als solcher den Nachlaß; den Verstorbenen kann er nicht vertreten, die Erben vertritt er nicht, ja er tritt gegen sie auf; es ist eine Art amtlicher Vertretung, die mit einem Auftrage oder der Vertretung der Korporation nichts zu tun hat." Also lehnt Sturm die Vertretung des Erben und des Erblassers durch den T.V. ab. Den Nachlaß vertritt der T.V., aber diese Stellvertretung ist, wie oben erwähnt, nicht mit der Stellvertretung im technischen Sinne zu verwechseln. Da er selbst sagt, der T.V. sei kein Vertreter, müßte er eigentlich in eigenem Namen handeln. Aber auch das lehnt Sturm ab, denn er sagt:[38] „Der T.V. ist nie im eigenen Namen berechtigt oder verpflichtet."

Wenn Sturm schließlich sagt,[39] die neuere Praxis billige ganz entschieden die von ihm aufgestellte Theorie der eigentümlichen auf dem Charakter des positiven Instituts ruhenden Nachlaßvertretung, so ist dagegen zu sagen, daß er mit seiner Ansicht ganz vereinzelt steht, und daß seine „eigenste Aufstellung"[40] auch wohl seine eigenste bleiben wird.

Die Anhänger der Nachlaßvertretungstheorie berufen sich auf die Autorität Dernburgs.[41] Dies hat für das gemeine Recht seine Berechtigung, nicht aber für das Recht des B.G.B. Denn hier[42] lehnt Dernburg es ausdrücklich ab, den T.V. als Vertreter des Nachlasses zu bezeichnen, da es nicht richtig sei, den Nachlaß, der Gegenstand der T.Vg. sei, trotzdem zu personifizieren und die Idee einer Vertretung desselben zu Hilfe zu nehmen.

Nicht als Vertreter, sondern als Organ will Seckt den T.V. aufgefaßt wissen. Während Kohler[43] Organ und Stellvertreter gleichsetzen will, lehnt Seckt dies bestimmt ab. Er sagt:[44]

---

[38]) Sturm, S. 12.
[39]) Sturm, S. 26.
[40]) Sturm, S. 9.
[41]) Daege, S. 66.
[42]) Dernburg, B.G.B. V. S. 378.
[43]) Kohler, B.G.B.
[44]) Seckt, S. 28.

„Der Organbegriff hat überall da statt, wo jemand für ein rechtlich anerkanntes (zum Rechtssubjekt erhobenes oder nicht subjektiviertes) Interesse (allgemeinen oder privaten Charakters), das einen greifbaren physischen Träger und Vertreter entweder (nach der Natur der Sache überhaupt) nicht oder noch nicht oder nicht mehr hat, in einer der technischen Stellvertretung fremden Selbständigkeit tätig wird." Vergleichen wir hierzu, was Gierke[45] über den Organbegriff sagt: „Von einer Vertretung läßt sich freilich auch hier sprechen, da das Organ nicht die Körperschaft, sondern nur der in einer bestimmten Sphäre als Werkzeug der immanenten Einheiten fungierende Bestandteil des körperschaftlichen Organismus ist."

Wenn man daher in dem T.V. das Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers sehen will, so muß man, um eben den Organbegriff verwenden zu können, dieses Interesse personifizieren. Lehnt man aber, wie Seckt es tut, es ab, „das von der Rechtsordnung pietätvoll geachtete und geschützte Interesse des verstorbenen Erblassers" als juristische Person zu betrachten, so kann man auch nicht den Organbegriff für den T.V. verwenden.

§ 11.

Wir haben gesehen, daß der T.V. kein Beauftragter ist, daß er weder den Erben noch den Erblasser noch den Nachlaß vertritt. Er handelt also nicht in fremdem Namen. Und wenn er nicht in fremdem Namen handelt, handelt er mit Notwendigkeit in eigenem Namen. Dem steht nicht entgegen, daß er fremdes Vermögen verwaltet, nicht eigenes,[1]) und daß er seine Machtbefugnisse zwar in eigenem Namen, aber in fremdem Interesse geltend macht.[2]) Der T.V. ist selbständiger Träger von Rechten und Pflichten. Ihren Umfang und Inhalt bestimmt der Erblasser im Testament und, seinen Willen ergänzend, das Gesetz.[3]) Die T.Vg. beruht somit auf einem persönlichen Treue-

[45]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 623.

[1]) Dernburg, B.G.B. V. S. 379. Kiehl, S. 306.

[2]) Förster, S. 174.

[3]) Frommhold, S. 194.

verhältnis des Vollstreckers zum Erblasser.[4]) Der T.V. nimmt eine zivilrechtlich selbständige Stellung ein und kraft dieser „fiduziarischen Rechtsstellung“[5]) übt er eine zivilrechtliche Gewalt zu eigenem Rechte aus und ist nach dieser grundsätzlich zur Verwaltung und Prozeßführung, aktiv wie passiv, in Sachen des Nachlasses legitimiert.[6])

Bereits bei der Besprechung der Erbenvertretungstheorie haben wir gesehen, daß der T.V. im Prozesse als Partei auftritt. Nun sagt Petersen:[7]) „Das zuverlässigste Merkmal der Parteieigenschaft ist der Umstand, daß die im Prozesse auftretende Person die Gerichtskosten aus der eigenen Tasche zu bezahlen bezw. vorzuschießen hat und im Falle des Unterliegens zu verurteilen ist, dem Gegner die ihm erwachsenen Prozeßkosten aus ihrem eigenen Vermögen zu ersetzen.“ Hierauf stützen die Gegner der Theorie, daß der T.V. seine Macht zu eigenem Rechte ausübt, einen ihrer wichtigsten Angriffe.[8]) Dagegen ist zu sagen, daß der oben angegebene Parteibegriff sehr wohl auf den T.V. anzuwenden ist. Führt der T.V. in seiner Eigenschaft als solcher, nicht als Privatperson, einen Prozeß und muß er Kosten bezahlen, so bezahlt er sie nicht aus seinem Privatvermögen, sondern aus dem Vermögen, das seiner Verwaltung und Verfügung untersteht. Und das ist der Nachlaß. Wird der T.V. verurteilt und treibt der Gegner die Kosten ein, so kann er sich auch wieder nur an den Nachlaß halten.

Es soll jedoch damit nicht etwa gesagt werden, daß der T.V. ein dingliches Recht am Nachlaß oder gar das Eigentum daran hat. Denn diese Auffassung scheint Schultze[9]) zu vertreten, der dem Vollstrecker ein „begrenztes dingliches Recht am Nachlaß zuspricht. Dieses Recht ist allerdings ein eigen geartetes, nicht unter die Kategorien des dritten Buches des B.G.B.

---

[4]) Frommhold, S. 191.
[5]) Endemann, S. 220.
[6]) Endemann, S. 221.
[7]) Petersen, S. 39.
[8]) Hellwig, S. 84. Levy in Verhandlungen III. S. 239.
[9]) Schultze, B.G.B. S. 73.

fallendes begrenztes dingliches Recht an fremder Sache".[10]) Solche begrenzte dingliche Rechte kämen auch noch sonst im B.G.B. vor, so das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemanns am eingebrachten Gute der Frau, des Vaters am Vermögen der Kinder und das Recht des Nacherben am Nachlasse vor dem Eintritt der Nacherbfolge.[11]) Schultze sieht allerdings in diesen Rechten keine begrenzten dinglichen Rechte, die dem numerus clausus des dritten Buches des B.G.B. angehören, vielmehr sieht er in ihnen sachenrechtliche Ausflüsse familien- und erbrechtlicher Verhältnisse. Insofern kann man tatsächlich die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes am eingebrachten Gut der Frau, das Recht des Nacherben am Nachlasse vor dem Eintritt der Nacherbfolge als dingliche Rechte bezeichnen.

Es könnte nun scheinen, als ob unsere Behauptung, daß der T.V. aktiv wie passiv zur Führung von Nachlaßprozessen berechtigt wäre, durch § 2213 Abs 1 S. 3 eine Widerlegung erhielte. Denn dieser Paragraph bestimmt: „Ein Pflichtteilsanspruch kann, auch wenn dem T.V. die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden." Dagegen ist jedoch zu sagen, daß der T.V. nur den im Testament festgelegten Willen des Erblassers auszuführen hat, soweit er vom Gesetze geachtet wird. Gegen die Bestimmungen über den Pflichtteil kann der Erblasser selbst nicht vorgehen, geschweige denn der T.V. An solchen Prozessen ist auch nicht der T.V., sondern der Erbe hauptsächlich interessiert, da sein Erbteil dadurch gekürzt wird. Ergeht nun aber ein Urteil gegen den Erben, so kann es, soweit der Nachlaß der Verwaltung des T.Vs. unterliegt, nicht unmittelbar zur Zwangsvollstreckung führen, da dies ein Eingriff in das Verfügungsrecht des T.Vs. (§ 2211) wäre. Es muß daher das Urteil auch dahin gehen, daß der T.V. die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde.

---

[10]) Schultze, B.G.B. S. 25.

[11]) Schultze, S. 26.

Der T.V. wird grundsätzlich von dem Erblasser im Testament ernannt (§ 2197). Eine Ausnahme ist nur insofern zugelassen, als der Erblasser unter gewissen Voraussetzungen die Bestimmung der Person des T.V. einem Dritten überlassen kann (§§ 2198, 2199, 2200), aber die Bestimmung darüber, ob überhaupt eine T.Vg. eintreten soll, kann nur der Erblasser treffen. Mit der Annahme der T.Vg. beginnt das Amt des T.Vs. Er wird damit „ein von der Rechtsordnung, welche die Ausführung des Willens Verstorbener innerhalb gewisser Schranken als ein schutzwürdiges Interesse betrachtet, anerkannter Träger einer sozialen Funktion".[12]) Damit er dies sein kann, ist erforderlich, daß er zu der Zeit, in der er sein Amt antritt, nicht geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder nach § 1910 zur Besorgung seiner eigenen Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat (§ 2201 B.G.B.). Wenn der T.V. durch die innerhalb seiner Befugnisse eingegangenen Rechtsgeschäfte (§ 2206) in seiner Person weder Rechte erwirbt noch mit Verbindlichkeiten belastet wird,[13]) so übt er doch infolge seines Amtes seine Befugnisse zu eigenem Rechte, wennschon in fremdem Interesse aus.[14])

Ist der T.V. von dem Willen der Erben grundsätzlich auch unabhängig,[15]) so besteht doch nach innen eine Gebundenheit, da er dem Erben ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände und Nachlaßverbindlichkeiten mitzuteilen und ihm bei der Aufnahme des Inventars beizustehen hat (§ 2215 Abs. 1), er auch auf Verlangen des Erben diesen zu der Aufnahme des Verzeichnisses zuzuziehen hat (§ 2215 Abs. 3). Aber diese Beschränkungen treten nicht kraft des Willens des Erben, sondern kraft gesetzlicher Bestimmung ein. Der T.V. hat als hauptsächliche Richtschnur für sein Handeln außer dem Gesetz die letztwilligen Anordnungen des Erblassers

---

[12]) Gierke, Entwurf S. 520.

[13]) R.G. 59 S. 365.

[14]) R.G. 56 S. 330.

[15]) Kammergericht 24 A. 109.

zu betrachten und letztere nötigenfalls gegen den Willen der Erben durchzuführen.[16])

Daß der T.V. berechtigt ist, aktiv wie passiv, für den Nachlaß in eigenem Namen Prozesse zu führen, haben wir bereits gesagt. Eine Bestätigung hierfür finden wir noch besonders in den Motiven zur Z.P.O. Hier heißt es bei der Begründung zu § 293e: „Die Befugnis (zum Prozeßführen) hat der T.V. wie seine sonstigen Befugnisse zu eigenem Recht; er ist nicht wie der Nachlaßpfleger Vertreter des Erben. . . . . Sachlich rechtfertigt sich eine solche Regelung durch die Stellung, welche nach dem B.G.B. der T.V. gegenüber dem Erben einnimmt." Hier finden wir also direkt ausgesprochen, daß der T.V. zu eigenem Rechte seine Befugnisse ausübt.

Die Möglichkeit einer derartigen Rechtsstellung des T.Vs. gibt auch Kohler[17]) zu, der, wie wir gesehen haben, ein Anhänger der Nachlaßvertretungstheorie ist. So sagt er an einer anderen Stelle, daß man zwei Formen der T.Vg. unterscheiden könne, je nachdem der T.V. in eigenem Namen einerseits oder im Namen des Erben oder der Erbschaft als juristischen Person andrerseits auftrete. Nun neige die moderne Gesetzgebung — gemeint ist der erste Entwurf des B.G.B. — mehr zu letzterer Ansicht, man müßte jedoch noch prüfen, ob die andere Form nicht auf zutreffendere Resultate führe. „Der T.V. würde dann nicht im Namen der Erbschaft handeln, sondern im eigenen Namen, ebenso würde er nicht als Vertreter der Erbschaft klagen, sondern im eigenen Namen, aber als Prozeßführer der Erbschaft kraft der ihm durch sein Amt übertragenen Prozeßstandschaft." De lege ferenda wünscht Kohler daher eine Abänderung des Entwurfes in dieser Beziehung, de lege lata steht er, wie bereits bemerkt, auf dem Standpunkt, daß der T.V. den Nachlaß in seiner Eigenschaft als juristische Person vertrete.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so können wir die Rechtsstellung des T.Vs. im B.G.B. etwa folgendermaßen charakterisieren:

---

[16]) Fischer-Henle, S. 1113 in Verbindung mit S. 88.

[17]) Kohler, Stiftungen S. 256.

Der T.V. ist eine durch das Vertrauen des Erblassers berufene geschäftsfähige Person, die durch letztwillige Verfügung des Erblassers dazu berufen und durch die Annahme des Amtes dazu berechtigt und verpflichtet wird, in eigenem Namen und zu eigenem Rechte mit Wirkung für und gegen den Erben den Nachlaß zu verwalten, darüber zu verfügen und für ihn Verbindlichkeiten einzugehen.

§ 12.

„Wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen, ist nach einem aus dem älteren deutschen Recht in die moderne deutsche Rechtsprechung übergegangenem Ausdruck ein Treuhänder. Man erwartet von ihm Uneigennützigkeit und Treue im Gebrauch seiner Rechte. Die empfangende Hand wird als treue Hand (manus fidelis) bezeichnet." Mit diesen Worten kennzeichnet Schultze[1]) treffend den Begriff des Treuhänders.

Um abschließend festzustellen, daß das B.G.B. bei der Regelung der Rechtsstellung des T.Vs. sich dem deutschen Recht und dem Treuhandbegriff angeschlossen hat, bedarf es des Nachweises, daß die eben gegebene Definition auf den T.V. zutrifft. Und in der Tat kommen wir auf Grund unserer Ergebnisse zu einer Bejahung dieser Frage: Der T.V. des B.G.B. ist ein Treuhänder im Sinne des germanischen Rechts. Wie der Treuhänder des älteren deutschen Rechts hat der T.V. eigene Rechte, die er neben dem Erben und unabhängig von diesem, ja sogar gegen dessen Willen zur Ausführung bringen soll und muß. Diese eigenen Rechte führt er aber in eigenem Namen aus. Wie im deutschen Recht der Treuhänder kein Stellvertreter ist — daß der Vormund des Toten kein Stellvertreter im technischen Sinne ist, ist bereits oben ausgeführt worden —, so vertritt auch der T.V. niemanden, sondern handelt zu eigenem Rechte. Diese Rechte übt der T.V. allerdings nicht in seinem eigenen Interesse aus, sondern er hat sie zu getreuen Händen,

---

[1]) Schultze, B.G.B. S. 1.

in manus fideles, erhalten, da seiner Uneigennützigkeit und Treue im Gebrauch seiner Rechte[2]) vertraut wird.

Der T.V. verfügt nach deutschem Recht wie nach dem B.G.B. innerhalb gewisser Grenzen über den Nachlaß, mithin über fremdes Gut. Die von ihm vorgenommenen Handlungen verpflichten den Erben unmittelbar. Um den letzten Willen des Erblassers auszuführen, ist er aktiv wie passiv zur Prozeßführung berechtigt, er kann sogar, wie wir gesehen haben, gegen den Erben selbst Klage führen.

Alle diese hier und im Laufe der Abhandlung angeführten Rechte stehen ebenso dem T.V. des B.G.B. wie dem letztwilligen Treuhänder des älteren deutschen Rechtes zu; begründet sind sie alle durch das Treueverhältnis, in dem der letztwillige Treuhänder wie der T.V. zu dem Erblasser stehen. Der T.V. im B.G.B. ist daher, wie wir hier nochmals hervorheben, ein Treuhänder genau so wie der letztwillige Treuhänder des älteren deutschen Rechts.

---

[2]) Schultze, S. 1.

Lebenslauf.

Ich, Karl Alfred Oskar Schleifer, bin geboren am 21. Dezember 1881 zu Ober-Heiduk (Kreis Beuthen, Oberschlesien) als Sohn des am 15. Januar 1907 verstorbenen Bäckerei-Inspektors Paul Schleifer und seiner Ehefrau Marie, geb. Meusel. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Zunächst besuchte ich die evangelische Volksschule zu Ober-Heiduk und dann das Königl. Gymnasium zu Königshütte (Oberschlesien), woselbst ich Ostern 1902 die Reifeprüfung bestand. Hierauf studierte ich an den Universitäten Greifswald (zwei Semester), Berlin (zwei Semester) und Breslau (fünf Semester) die Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 26. September 1907 bestand ich die erste juristische Prüfung und am 3. Dezember desselben Jahres die mündliche Doktorprüfung.

Zum Referendar wurde ich am 17. Oktober 1907 ernannt und dem Königl. Amtsgericht zu Tost überwiesen.

Zum Schlusse möge es mir gestattet sein, Herrn Professor Dr. Meyer für die mir bei Anfertigung meiner Arbeit erteilten gütigen Ratschläge meinen besten Dank zu sagen.